عقد امتياز المرفق العام

B.O.T

(دراسة مقارنة)

الدكتور

إبراهيم الشهاوى

المحامى بالنقض والادارية العليا
وكيل وزارة الاقتصاد
مستشار مصلحة الشركات سابقاً

٢٠٠٣

عقد امتياز المرفق العام

B.O.T

(دراسة مقارنة)

الدكتور

ابراهيم الشهاوى

المحامى بالنقض والادارية العليا
وكيل وزارة الاقتصاد
مستشار مصلحة الشركات سابقاً

١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

الطبعة الأولى

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف

كل نسخه غير ممهورة بخاتم وتوقيع المؤلف تعد مسروقة وتعرض حائزها للمسئولية القانونية الجنائية والمدنية.

القاهرة

ت : ٤٥٤٩٠٥٤ - ٤٥٤٩١٩٥ - ٠١٢٣٤١١١١٣

بسم الله الرحمن الرحيم

" وقل رب زدني علماً"

صدق الله العظيم

إهداء

إلى من علمني أن خير الناس أنفعهم للناس — **والـــدي**

إلى من علمتني حسن الخلق — **والـدتي**

إلى من شاركتني الأحلام وبرفقتها هانت مسيرة الأيام — **زوجـــتي**

إلى أغلى الأمانات
وسبيلي إلى الفوز بالرضي والقبول — **أولادي**

إلى حبيبة القلب وبشارة الزمن الآتي ٠٠حفيدتي — **مـــلـــك**

بسم الله الرحمن الرحيم

المقـــدمة

إن واجبات الدولة ومسئولياتها الإدارية تتفاوت بين دولـــة حارسـة وأخـرى متدخلة ، ويختص المشرع بتحـديد مجالات النشاط التي يكون للإدارة حق ارتيادهـــا وفق ما تراه مناسباً والصالح العام ،،، وفي بداية القرن التاسع عشر قـــامت الدولـــة بنفسها ثم بواسطة إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة بإنشاء مشـــروعات مرافـــق عامة تحت مظلة فكرة " المرفق العـــام " « *Le Service Public* » بـــهدف إشـــباع الرغبة الجماعية لجمهور المنتفعين وتأمين مـــا يحتاجون إليه من خدمات .

وكثيراً ما عهدت الدولة إلى أشخاص عاديين بمهمة إدارة بعـــض المشـــروعات تحت إشراف الحكومة ورقابتها ، وذلك بموجب عقد يبرم بين الإدارة والملتزم لمـــدة محددة ، بقصد تأدية خدمات عامة لجماهير المنتفعين به مقابل رســـم محـــدد مـــع الخضوع لنظام قانوني معيـــن ،،، واصطلــــح علــى تسميتـــــه " التـــزام أو امتيـــاز المرفق العام" « *La Concession De Service Public* » فيظـــل مرفـــق الامتياز بهذه المثابة محتفظاً بصفة العمومية ، وللهيئات الحاكمة الكلمة الأخيرة فيمـــا يتصل بتنظيم أعمال مرفق الامتياز وإدارته وانقضائه .

وحينذاك لم يكن يوجد قانون ينظم طريقة منح الامتياز [1] إذ كـــان الرأي الســـائد فقهاً وقضاءً في كلٍ من فرنسا ومصر " أن الالتزام وليـــد أمـــر انفـــرادي تُصـــدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من ولاية آمره " ثم ظهر رأى آخر مفاده " أن الالـــتزام عقد من عقود القانون المدني ، يخضع لما تخضع له تلك العقود من قواعد وأحكـــام "

---

[1] كان أول امتياز عرفته مصر ، هو الامتياز الممنوح في عام ١٨٥١م للمهندس الإنجليزي " جـــورج ستيفنســـون " لإدارة أول خط حديدي في أفريقيا ، يربط بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة أما الامتياز الثاني وأشهرهـــا فكان امتياز حفر قناة السويس البحرية الممنوح للمسيو " فرديناند ديليسبس" بالفرمـــان الصـــادر في ٣٠ ســـبتمبر ١٨٥٤م ، وعليه ظلت عقود الامتياز في مصر زهاء"٧٢ "عاماً دون نص تشريعي يحكمها حتى صدر دستور ١٩٢٣

وغدت" فكرة المرفق العام " منذ ذلك الحين محور الدراسات الإدارية بصفة عامة ، ونشاط الإدارة بصفة خاصة [٢] .

وتقرر إعمالا للمادة رقم ١٣٧ من دستور ٢٣ وجوب منح الالتزام بموجب قانون وإلى زمن محدد وهذا نوع من الرقابة البرلمانية على الحكومة في منح الامتياز لا سيما إذا تغلغل فيها العنصر الأجنبي فإنه يمثل خطراً حقيقياً علي مصالح الدولة وسيادتها وقد كان هذا هو الدافع الأساسي وراء صياغة نص هذه المادة .[٣]

كما نصت المادة رقم ٨٦٨ من القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أن :" التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن. "

وجاء هذا النص استجابةً لما استقر عليه رأى الفقه واتجاه القضاء الفرنسي من أن الامتياز وليد فكرة المرفق العام وأنه " عقد مركب " يحتوى على نوعين من النصوص التعاقدية واللائحية ، وقد تولى قضاء المحاكم العادية والمختلطة في مصر اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز إلى تاريخ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة مقتدياً فيه إلى حد كبير بنظام مجلس الدولة الفرنسي الذي تمتع باختصاص قضائي بموجب المادة رقم ٥٢ من دستور السنة الثانية وقانون رقم٢٤مايو ١٨٩٢فكانت قراراته أحكاماً تلتزم الإدارة بتنفيذها وكثيراً ما تدخل المشرع الفرنسي وتبنى بنصوص صريحة ما سبق أن أقره مجلس الدولة في قضائه من قواعد ومبادئ ونظريات ولكن هذا الإجراء لم ينل من صفتها الأساسية بأنها ولدت في مجلس القضاء.

---

(٢) كان تدخل الدولة في مجال نشاط « *L'activité* » خدمة الأفراد ضئيلاً أول الأمر ، ثم أخذ التدخل ينمو ويزداد عن طريق أنظمة المرافق العامة وفق أساليب : " الاستغلال المباشر " «*La Régie Intéressée*» و" الاستغلال المختلط " « *L'économe Mixte* » حتى شمل تدخل الدولة معظم المجالات التي كانت متروكة لنشاط القطاع الخاص ، وتطور الحال إلى تنوع مشروعات المرافق العامة الاقتصادية (الصناعية والتجارية) إلى أن تم تحرير هذه المرافق من وسائل وقيود القانون العام ، حتى تصمد أمام منافسة المشروعات الخاصة التي تؤدى خدمات من نفس النوع .ثم تطورت مجالات عقد الامتياز وتعددت صوره ، واحتل مكاناً بارزاً بين مختلف العقود الإدارية ، فصار أشهر العقود الإدارية المسماة.

(٣) يراجع مؤلف أ.د /محمد سعيد أمين " العقود الإدارية " ١٩٩٩ دار الثقافة الجامعية ص١٠٩.

وقد نهض مجلس الدولة المصري بخطى ثابتة ، وتطور محمود في مجال تحرير المنازعات الإدارية من عقال القضاء العادي وقبضة القانون المدني ، وكان عقد الامتياز أول العقود التي نص المشرع على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها،،، *وازدان هذا التطور بصدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذي بمقتضاه صار المجلس صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية.*

ثم صدر أول تشريع في شأن " عقد الامتياز" بموجب القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ، والذي تعرض في مواده " التسع " إلى تنظيم الالتزام فقط في بعض الجوانب [٤] وجرى تطبيق أحكامه لسنوات محدودة ، ثم ما لبث أن انحصر تطبيقه في نطاق ضيق *بسبب تأميم مشروعات الامتياز* . وتكاد تنحصر تطبيقات الامتياز في مصر عبر سنوات التحول الاشتراكي فقط في استغلال بعض موارد الثروة وأهمها المنتجات البترولية .[٥]

وعلى أثر انهيار النظام الاشتراكي في نهاية القرن العشرين وتحول الدول بخطوات واسعة نحو العولمة آخذة بالاقتصاد الحر ، تعاظم دور الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وأصبح الامتياز وفقاً لآليته الجديدة أنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة .

والمقصود بعقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* هو " أن تعهدَ الإدارة للملتزم على نفقته ومسئوليته بمهمة إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز مع الخضوع للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الأحكام الواردة في وثيقة الامتياز على أن تنتقل ملكية المرفق بكافة مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز المحددة بالعقد " .

وحدث مع ظهور الأزمة الاقتصادية وأزمة الديون خلال الثمانينيات من القرن العشرين ، أن عجزت مصر - شأن غيرها من الدول- عن تدبير الأموال اللازمة

---

[٤] ورد في ملحق رسالة أ.د /توفيق شحاتة بعنوان" عقد امتياز المرفق العام " ص٢٧٢ التي قدمت عام ١٩٤٠ إلي جامعة باريس للحصول على الدكتوراه "نص مشروع القانون" الذي سبق وأن قدمه مجلس الوزراء في ١٩٣٩ تمهيداً لإصداره ، و تم سحبه من البرلمان بحجة دراسته من المجلس الاقتصادي الأعلى ، وقد تبين لنا من المراجعة أن نصوص هذا المشروع تطابق تماماً نصوص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

[٥] يراجع مؤلف أ.د /سليمان الطماوى " الوجيز في القانون الإداري " ١٩٨٨ دار الفكر العربي ص٢٩٦.

لتمويل احتياجاتها المتزايدة لإنشاء المشروعات الاقتصادية والتنموية ، فضلا عن تجديد وتحديث أعمال البنية الأساسية القائمة ، وانتهى بها المطاف إلى اختيار عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* باعتباره الوسيلة المناسبة في هذا المضمار.[٦]

واستناداً إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول ، أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام : ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨م بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة : ١-مطار مرسى علم ٢- مطار العلمين ٣- مطار رأس سدر ، وفق نظام امتياز الـ*B.O.T.* وتم بمجلس الوزراء في ١٩٩٨/٢/٨ توقيع ثلاثة عقود امتياز مع ثلاث شركات مساهمة تأسست خصيصاً لهذا الغرض .[٧]

وقد تضمنت عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وملحقاتها العديد من المراحل والخطوات والترتيبات الإجرائية بهدف : تقييم جدوى المشروع من النواحي الاقتصادية والمالية والفنية ، واختيار المتعاقد القادر على النهوض بأعباء ومسئوليات إنشاء مشروع الامتياز وإدارته واستغلاله وفق أحدث النظم المتقدمة ،،، ثم إعداد أحكام وبنود العقد وملحقاته وإفراغها في صياغة قانونية محكمة بما يضمن إحكام الرقابة على الملتزم ، وتنظيم وسائل الفصل في المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، وتحديد القواعد اللازمة لإحلال التوازن المالي والاقتصادي والفني بين طرفي الرابطة العقدية من أجل كفالة تسيير مرفق الامتياز بانتظام واطراد طوال مدته مع استمرار صيانته ، وأيضا تحديث معداته وأدواته حتى تمام انتقال ملكيته إلى الدولة في حالة جيدة صالحة للاستعمال وفق شروط وأوضاع محددة بوثيقة الامتياز .

---

[٦] أصدرت الدولة القوانين ٢٢٩،١٠٠ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشان منح التزامات المرافق العامة لإنشاء محطات الكهرباء والطرق والمطارات والموانئ ،كما أصدرت القانون ٨ لسنة ١٩٩٧بإصدار ضمانات وحوافز الاستثمار بهدف تشجيع وجذب الاستثمارات المحلية والعربية والأجنبية .

[٧] بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٩ نشرت هذه القرارات والعقود وملحقاتها بالوقائع المصرية بالعدد ٢٦٤ تابع ، وتابع (أ) ، وتابع (ب) . وتعد هذه الشركات الثلاث أول مشروعات امتياز البمت في مصر منذ خمسين عاما ، ثم أصدر مجلس الوزراء قراره ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح شركة انترجين سيدي كرير لتوليد الكهرباء التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بنظام الـ*B.O.T.* استنادا إلى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦.

وبحكم الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز يتولد عنه التزامات تبادلية بين طرفي الرابطة التعاقدية إذ يمثل التزام أحد الطرفين حقا للطرف الآخر في نفس الوقت فالتزامات وحقوق الطرفين هما وجهان لعملة واحدة ،الوجه الأول : يخص الإدارة وهي الطرف الأصيل في العقد أما الوجه الثاني : فإنه يخص الملتزم بوصفه معاونا ونائبا عن هذا الأصيل.

والوجهان على هذا النحو يلتقيان في المسار ويقفان جنبا إلى جنب يدا واحدة تسعى من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد لخدمة المنتفعين به فالنفع العام هو الغاية والقاعدة العامة التي يبنى عليها وتستمد منها المبادئ العامة التي تحكم عقد امتياز المرفق العام ، **ومن مقتضيات إعمال هذه القاعدة العامة أن يتم التحقق من توافر المبادئ العامة في مراحل إبرام عقد الامتياز وفي آثاره وانقضائه.**

وجدير بالذكر في هذا الصدد أن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزامات المرافق العامة ، قد احتوى في مواده " الخمس " أحكاما محدودة في شأن عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* ، كما نصت المادة الأولي منه بأنه : "يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ٠٠٠وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة وتعديلاته" ، ولهذا بات عقد الامتياز الجديد بهذا النحو يخضع أيضا للمبادئ والأصول العامة المستمدة من أحكام القضاء الإداري وبنود العقد المبرم بين الطرفين ، ذلك في ظل غيبة النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من العقود[٨] .

ولما كانت السلطة المختصة بإصدار التشريعات تحرص أشد الحرص على تقديم مذكرات إيضاحية مسهبة تفصل فيها القواعد العامة التي تحكم كل تشريع وتوضح الغاية منه ، وإذ كان المشتغلون في ميدان القانون الإداري الحديث النشأة بحاجة ملحة إلى مؤلف في موضوعات العقود الإدارية التي صدر بشأنها عدد من التشريعات المنظمة لها فإن حاجتهم – من باب أولى – تكون أشد إلحاحا إلى مرجع يضم

---

(٨) يستبين في ضوء أوراق العمل المقدمة لمؤتمر الـ*B.O.T.* العالمي المنعقد بالقاهرة في يناير عام ٢٠٠١ بحضور الدكتور رئيس مجلس الوزراء والسادة الوزراء المختصين والمستثمرين ما يشير إلى أن عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* – بات يتعاظم دوره ويزداد شأنه في الحال والمآل .

الأحكام والمبادئ العامة التي يعتنقها القضاء الإداري في فرنسا ومصر بشأن التزام المرافق العامة لندرة التشريعات المتعلقة بعقد الامتياز ، وكان لقوانين التأميم الصادرة بعد ثورة يوليو عام ١٩٥٢ أثر في عدم استخدام الامتياز كوسيلة لإدارة المرافق العامة في مرحلة النظام الاشتراكي .[٩]

ومن كريم القول أنه يحمد لمجلس الدولة المصري دوره البارز في إرساء العديد من المبادئ والأصول العامة التي أقام عليها قضاءه وفتياه في منازعات العقود الإدارية ، وإن كان عقد الامتياز لم يحظ إلا بقليل منها نتيجة تأميم شركات الامتياز ، لكن ذلك لا يحول دون خضوع عقد الامتياز للقدر المشترك من تلك الأحكام مع سائر العقود الأخرى ذلك القدر الذي يحكم جميع العقود لمجرد كونها عقوداً .

والحقيقة أن عقد امتياز المرفق العام قد مر بتطور منذ نشأته " وليد فكرة المرفق العام " وتنوعت مجالاته وتعددت صوره عبر السنين ، ولكن هذا العقد ظل

---

[٩] ومصداقا لهذا النظر نقتبس هنا ما سبق أن ذكره أ.د.الطماوى في مقدمة كتابة" الأسس العامة للعقود الإدارية ، وذلك حين تصدي للتأليف في موضوع العقود الإدارية عام ١٩٥٧حيث قال " إذا كان القانون الإداري حديث النشأة فإن موضوعاته العديدة ونظرياته الأصلية ليست على درجة واحدة من تلك الصفة ، ولعل ما يتعلق بالعقود الإدارية هو أحدث نواحي القانون الإداري على الإطلاق ، ولهذا فإن كثيرا من الأحكام الرئيسية التي تهيمن على تلك المادة يعتورها الغموض ويحلق عليها الشك ، وهذه الحقيقة ظاهرة بشكل واضح في فرنسا رغم نضج القانون الإداري فيها ، وهي أوضح من أن تحتاج إلى تدليل في مصر ، ومن هنا كانت صعوبة التصدي للتأليف في هذا الجانب البكر من جوانب القانون الإداري الحديث ، فالحقيقة أنني قد ترددت كثيرا قبل أن أقدم على الكتابة في هذا الموضوع " ! ، وإن نظرة عابرة على المؤلفات التي صدرت في موضوع العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر لكافية لتوضيح وجهة النظر السابقة فرغم غزارة المؤلفات الفرنسية التي تغطى مجالات القانون الإداري ، فإنها شحيحة نسبيا في موضوع العقود الإدارية بالذات ويمكن حصرها في ثلاث مؤلفات رئيسية هي:

1)Jez : principes généraux du droit administratif. (vol.3 1936, tomes 4,5,6).
2)G. Pequigont ; théorie generale du contrat administratif ; thèse Montpellier Ed 1945 et les contrats de l'administration, fasc., 500, 505.510 et 515 du Jurisclasseur administratif.
3)D. laubader: traite théorique des pratique , contrats administratifs 1956.

أما في مصر فليس هناك مؤلف عام واحد في هذا الموضوع أن الرسائل التي تناولت موضوعات ذات علاقة بالعقود الإدارية قدمت كلها باللغة الفرنسية ولم تترجم إلى اللغة العربية مما أفقدها ميزة الانتشار ، ومن هنا كانت حاجة القانون العام الملحة إلى مؤلف عام في موضوع " العقود الإدارية " . هذه الرسائل هي :

1)Tewfik chehata : La concession de service public 1940.
2)Fouad EL-Attar : La marche de travaux publics 1955.
3)Sariot Badoui :Le fait du prince dans les contrats admin. 1955.

أنظر " الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة " ص٢١، ٢٢ دار الفكر العربي ١٩٨٤ .

في مراحل : " إبرامه وتنفيذه وانقضائه" موصولا في الخضوع للقواعد والمبادئ والأصول العامة التي تحكم " المرفق العام " ومن ثم فإن التعرف على مفهوم عقد الامتياز وتطوره في الماضي ، أمر يرتبط بتكييف حاضره ومستقبله ، فكلها مراحل متلاحقة تشكل وحدة واحدة موصولة لا وجه إلى انفصالها ، ومن أجل إثراء البحث تبدو أهمية الإطلالة التاريخية على تطور مراحل عقد الامتياز.(١٠)

ومن المعلوم أن الثبات أمر يتنافي مع قواعد القانون الإداري خاصة ما يتعلق بعقد الامتياز نظرا لطبيعته التراكمية ، ومن ثم تعرضه كل حين للتغيير والتطوير حسب معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي،،، وتبدو هذه الطبيعة واضحة الأثر في عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* بما تحمله آليته الجديدة من مزايا أخصها توفير وإتاحة فرص اختيار أفضل الأساليب والتقنيات المبتكرة في مجال تمويل وإنشاء وتشغيل وتحديث وتأهيل وإدارة مشروعات امتياز مرافق البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة ، ومن ثم يصبح هذا العقد بحكم طبيعته الذاتية قابلا للتغيير والتطوير في مختلف جوانبه التنظيمية والتشريعية والاقتصادية ، من خلال تعدد صوره وتنوع أوجه نشاطه في ظل الأخذ بالنظام الاقتصادي الحر وبآليات المنافسة في دوائر الأسواق المفتوحة محليا ودوليا(١١).

ولما كانت المكتبة القانونية على هذا النحو في حاجة ماسة إلى مرجع يضم شتات مادة عقد الامتياز ، فإن موضوع "عقد امتياز المرفق العام " "دراسة مقارنة " يكون جديرا بالدراسة ،،، ويعتبر المنهج التأصيلي هو السبيل الأمثل في مجال البحث ، فهذا المنهج لا تقف مسيرته عند حد سرد الحلول القضائية والآراء الفقهية ، بل تمتد مسيرته لتشمل بحث الأساس الذي تستند إليه تلك الحلول والآراء ، مع مراعاة التوفيق بين مقتضيات هذا المنهج ، وبين الطبيعة الإنشائية والمرنة لأحكام القضاء وقواعد القانون الإداري ، وما تتميز به العلاقة بين هذين المصدرين من اتساع

---

(١٠) " لا يمكن فهم أي نظام فهما جيدا وتقييمه على الوجه الصحيح إلا من خلال تاريخه " يراجع مؤلف أ.د /عبد الحميد الحفناوى " تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية " ١٩٩٣ الدار الجامعية ص٢٨.

(١١) وإذا كان هناك ثمة تداعيات نتيجة أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ وأسباب أخرى ، انعكس أثرها السلبي على مسيرة التقدم في مجال إنشاء مشروعات الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* ، وعلى حصيلة إيرادات باكورة مشروعاته العاملة في مجال السياحة والطيران في مصر ،،، *فلا يعدو أن يكون ذلك مجرد أمر عارض سرعان ما ينتهي ، وتظل أهمية نظام امتياز الـB.O.T. ضرورة ملحة في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية ورفع مستوى الحياة الاجتماعية في مصر*

نطـــاق المرونة بينهما،،، آخذين في الحسبان ما تمليه أحداث الواقـــع ومتغيراتـــه ، ومـــا ينطوي عليه عقد الامتياز من اعتبارات سياديه ، تفرض على السلطة العامـــة اتخاذ إجراءات يسود بمقتضاهـــا النص التشريعي على تلك الأحكام ، إما بـــالتعديل أو العـــدول عنها ، حين يـــرى المشـــرع أن ذلك يتفق والنفع العام ومداه ، ومـــن ثـــم تغليب اعتبارات المصلحة العامة [١٢].

وعليه تنقسم خطة الدراسة إلى : باب تمهيدي وثلاثة أبواب رئيسية:

باب تمهيدي: " نظرة عامة في مفهوم عقد الامتياز و تطوره "

نتناول في الفصل الأول : مفـــهوم عـــقـــد الامـــتـــيـــاز في فرنسا ومصـــر ، والتعريـــف بـــه في ضوء رأى الفقه وأحكام القضـــاء وعلـــى صعيـــد التشـــريعات الصادرة في شأنه ، وبيان طبيعته القانونية.

ونتناول في الفصل الثاني : تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا ومصر وتنـــوع مجالاتـــه وتـــعدد صوره ، ثم نلقى الضوء على عقد الامتياز بنظـــام الـــ*B.O.T.* : أولا : بتعريفه – ثانيا : التمييز بينه وبيـــن العقـــود المشـــابهة – ثالثـــا : الجوانـــب الشرعية المتعلقة به – رابعا : آثاره المالية والاقتصادية – خامسا : أهميـــة إصـــدار تشريع ينظم أحكام هذا العقد وتطوير التشريعات العربيـــة فـــي مواجهـــة التغـــيرات القانونية المصاحبة للعولمه – سادسا : أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشـــريعي في عقود امتياز الـــ*B.O.T.* ،،، ونتناول في فـــروع ثلاثـــة : تطـــور طبيعـــة عقـــد الامتيـــاز في مصر– تطور حقوق كل من السلطة مانحة الامتياز والملتزم – تطـــور نظام التحكيم في منازعات عقد الامتياز في مصر .

الباب الأول: " إبرام عقد الامتياز "

في الفصل الأول: " كيفية اختيار المتعاقد في عقـــد الامتيـــاز" نتنـــاول دراســـة مبادئ: العلانية والمنافسة الحرة والشفافية والمســـاواة ، حـــرية الإدارة في اختيـــار المتعاقد ، قواعد إعداد مشروع العقد ، القيود السابقة على التعاقد ، ودور الشكل فـــي إبرام العقد والترخيص به ، والآثـــار المترتبة على إبرام العقـــد والتخلف عن إبرامه

---

[١٢] ويقول علماء الأصول في هذا الصدد " إذا تحققت المصلحة فثمة شرع الله"

وفي الفصل الثاني : كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* نتناول دراسة: تكييف الطبيعة القانونية للاختيار ، وإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والفنية والمالية ، وطلب التأهيل وطلب العروض وتقييم العطاءات واختيار أفضلها ، ومرحلة المفاوضات والصياغة القانونية وأهميتها ، وإعداد وصياغة مشروع العقد ، والتصريح بالتعاقد ، وإبرام العقد والقرار الصادر من مجلس الوزراء بمنح الالتزام .

الباب الثاني: "آثار عقد الامتياز"

في الفصل الأول: نتناول في ثلاثة مباحث دراسة : التزامات وحقوق طرفي عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* وتتضمن حقوق والتزامات المتعاقد وحقوق وسلطات الإدارة والتزاماتها ، ثم التوازن المالي لعقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.*

المبحث الأول : بيان حقوق الملتزم المتمثلة في الحصول على المقابل المادي المقرر له ، والقواعد العامة في تحديد وتعديل الرسم ،، التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه ، واحترام مدد التنفيذ.

المبحث الثاني : سلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز - تبدو سلطة الإدارة واضحة في مجالات : الرقابة على الملتزم من النواحي الفنية والمالية والإدارية ، ورقابة أعمال الصيانة والتجديد ، وحدود الرقابة وأهدافها ، وحق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها ، وأنواع الجزاءات المالية والضاغطة وحالات الفسخ والجزاءات الجنائية ، وتعديل العقد وأساس ذلك ومداه.

وتتمثل دراسة تحديد التزامات الإدارة في: تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وفق مبدأ حسن النية ، واحترام شروط العقد الصريحة والضمنية ، والتزامها بعدم التقاعس والتسويف في تنفيذ التزاماتها ، واحترام مدد التنفيذ ،وبيان الجزاء الموقع عليها في حالة المخالفة وطبيعة هذا الجزاء ، والخضوع لرقابة القضاء .

المبحث الثالث : التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام وامتياز الـ*B.O.T.* نتعرض لدراسة كيفية إحلال التوازن المالي في ظل الظروف المتوقعة وغير المتوقعة ، ومدي مساهمة نظريات فعل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وإقرار حق الملتزم في المعاونة المؤقتة والتعويض الكامل أو المحدود ، وكيفية حسابه ، وحدود التنظيم الاتفاقي للتعويض ومداه .

وفي الفصل الثاني: " آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير " ندرس : التزامات المنتفعين وحقوقهم في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* ، والحقوق التي يستمدها الغير من النصوص المدرجة في عقد الامتياز ، والأساس القانوني لامتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير ، من خلال التعرض لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، وبيان الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كمبرر لامتداد آثاره إلى الغير .

الباب الثالث : "نهاية عقد الامتياز"

الفصل الأول: نتناول بالدراسة في ثلاثة مباحث : النهاية الطبيعية للعقد بانتهاء مدته وحالات تجديد وامتداد عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* وفي الفصل الثاني:النهاية المبتسرة للعقد من حيث أحوال استرداد الالتزام الفسخ إسقاط الالتزام وطبيعته القانونية وشروط ممارسته والآثار القانونية المترتبة عليه.

ونتناول أيضا دراسة رقابة القضاء على قرارات الإدارة بإنهاء عقد الامتياز من حيث أوجه المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية والملاءمة والغلط البين في التقدير ومدى استيفاء قرار الإنهاء لشرط التسبيب واتخاذ الإجراءات التمهيدية.

وفي الفصل الثالث : نتعرض لدراسة أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام ، والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في حالتي النهاية الطبيعية والنهاية المبتسرة ،ومصير الأموال والأدوات المتعلقة بمرفق الامتياز ، وتصفية الحسابات بين الطرفين.

وقبل الخاتمة نتناول الآراء التي قيلت في تقدير وسيلة الالتزام (الامتياز) في مصر ، والتوصيات الصادرة من المؤتمر الدولي المنعقد بالقاهرة في شأن الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وأخيرا الخاتمة.

والله ولي التوفيق ،،

إبراهيم الشهاوى

باب تمهيدي

" نظــرة عـــامه في مفهوم عقد الامتيـــاز و تـــطوره "

الباب التمهيدي

" نظرة عامة في مفهوم عقد الامتياز وتطوره "

تمهيد وتقسيم :

إن واجبات الدولة ومسئولياتها الإدارية تتفاوت ــ بصفة عامـــة ــ بيـن دولـــة حارسة وأخرى متدخلة بحسب المبدأ السياسي والاجتماعي الذي تسير عليه ويتولـــى المشرع حال تدخلها تحديد مجالات النشاط التـــي يحـق لـلإدارة ارتيادهـا وتلبيـة احتياجات عامة للمواطنين من تلك الأنشطة وذلك استناداً إلى"فكرة المرفق العلم "[١٣].

وقد تطورت فكرة المرفق العلم فأصبحت طابعاً تتسم به أحكام مجلس الدولة فـــي كلٍ من فرنسا ومصر ، حيث أقامت الدولة أو الهيئات والمؤسسات العامة مشـروعات مرافق عامة بهدف إشباع الرغبة الجماعية للجماهير ، وتأمين مـــا يحتاجونـــه مـــن خدمـــات ، وكثـــيراً مـــا عـــهد الحـــاكم إلـــى شـــخص عـــادي مهمـــة إدارة تلـــك المـــشـــروعـــات ، واصـــطـــلح على تسمية ذلك التزام (أو امتياز) المرفق العـــام «*La Concession De Service Public*» فيبقى المرفق محتفظاً بصفـــة العموميـــة ويكون للهيئات الحاكمة الدورٌ الأساسيٌ في تنظيم أعماله وإدارته وانقضائه .

والمسلم أن إنشاء أو إلغاء المرافق العامة هو من سلطات الإدارة تـتصرف فيـه بمطلق حريتها وتقديرها ، حسبما يتراءى لها أنه يتفق والصالح العام ، فـــلا يمكـن للأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام بحجة كونه ضرورياً ،أو الاعتراض على إلغاء مرفق عام آخر استناداً إلى حقٍ مكتسب يدُعّى به.[١٤]

وكان تدخل الدولة في مجال نشاط *L' activité* خدمة الأفراد ضئيلاً في أول الأمر ، ثم صار تدخلها ينمو ويـــزداد عـن طريق أنظمة المرافق العامة وفق أساليـب:" الاســـتغلال المباشــر" « *La Régie Intéressée* » ،أو" الاســــتغلال المختلـــط " « *L'économe Mixte* » وأدى هذا التطور إلى تنوع مشــروعات المرافــق العامـــة

---

[١٣] يراجع مؤلفنا أ.د /ربيع أنور فتح الباب " القانون الإداري القطري والمقارن " ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٣٩.
و " دروس في الإدارة العامة " ١٩٨٧ جامعة عين شمس ص ٨٤ .

[١٤] يراجع مؤلف العميد أ.د /سليمان الطماوى " الوجيز في القانون الإداري " دار الفكر العربي ص٩٦ .

الاقتصادية (الصناعية والتجارية) ، وتحريرها من قيود القانون العام حتى تصمد أمام منافسة المشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات من نفس النوع .[١٥]

ثم اتجهت مصر مؤخراً وبعزم شديد نحو السوق المفتوح محلياً وأجنبياً بإصدار قوانين لإنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة في إطار الآلية الجديدة وهي " عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* "[١٦] ومن ذلك القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الصادر في شأن منح التزام المرافق العامة ،،، وبناء عليه نلقي الضوء على مفهوم وتطور عقد امتياز المرفق العام بكل من فرنسا ومصر في فصلين :

الفصل الأول

" مفهوم عقد امتياز المرفق العام "

الفصل الثاني

" تطور مفهوم عقد امتياز المرفق العام "

---

(١٥) يستعمل اصطلاح " مرفق عام " للدلالة على معنيين (أ) : "نشاط "*activité*" من نوع معين تقوم به الإدارة لصالح الأفراد" ، (ب) المنظمة أو الهيئة التي تقوم بهذا النشاط السابق *Organisme* والمعني الأول هو المقصود في هذا المقام أنظر العميد المرحوم أ.د /سليمان الطماوي في الوجيز المرجع السابق ص ٢٩٦ ، ومؤلف أ.د. محمد أنس قاسم جعفر " الوسيط في القانون العام " ١٩٨٥ ص٢٢٥ وأ.د سامي جمال الدين " أصول القانون الإداري " ١٩٩٦ دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ص٦٠٢ ، ومؤلف أ.د. محمد عبد الحميد أبو زيد " المرجع في القانون الإداري " ١٩٩٩ النهضة العربية بالقاهرة ص٦٦٥ .

(١٦) *B.O.T.* اختصار عبارة *Build operate & transfer* (الإنشاء والتشغيل ثم نقل الملكية).

الفصل الأول

" مفهوم عقد امتياز المرفق العام "

ونتعرض في هذا الفصل لدراسة مفهوم عقد امتياز المرفق العام من خـــــلال التعريف به وبيان طبيعته القانونية في مبحثين :

المبحث الأول

" التعريف بعقد الامتياز "

المبحث الثاني

" الطبيعة القانونية لعقد الامتياز "

المبحث الأول

" التعريف بعقد الامتياز "

في هذا المبحث نلقي الضوء على آراء الفقه وأحكام القضـــاء والتشـــريعات الصادرة في خصوص التعريف التقليدي لعقد الامتياز في كلٍ من فرنسا ومصر :

• التعريف التقليدي لعقد الامتياز في فرنسا :

"اتفاق تُحَمِّــل فيه الإدارة الملتزم المتعاقد معها ، وهو شخص من أشخاص القـــانون الخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام على مسئوليته ومتحمـــــلا مخـــاطرة مقـــابل الحصول على رسم من المنتفعين بخدمات المرفق" (١٧) .

ويعرف الفقه الفرنسي امتياز المرفق العام بأنه (١٨):

« Il ya une concession d'un service public lorsqu'une personne publique a l'etorité concédant) confie contractuellement la charge d'assurer pendant une durée' déterminée, l'exécution du service à une personne . Qu'elle a librement choisi (le concessionnaire). Il faut ajouter que selon la conception classique et stricte risques conformément aux prescriptions d'un cachier des charges ; et que sa rémunérration resulte du porduit des redevances qu'il percoit conformement a,un trif sur les usagers du service »

(١٧) مؤلف أ.د /سعاد الشرقاوي في " العقود الإدارية " ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص ٤٩ ، وهذا التعريف من وضـــع الفقه إذ لا يوجد تعريف تشريعي أو قضائي في فرنسا.

(١٨) مؤلف أ.د محمد سعيد حسين أمين في " العقود الإدارية " المرجع السابق ص ٩٩ والهدف مـــن ترديـــد التعريفـــات التقليدية لعقد امتياز المرفق العام في كلٍ من فرنسا ومصر بيان ما طرأ عليها من تطورات حديثة ، وانظر مؤلف الأســـاتذة "فيدل " و "ديلفولفيه" في القانون الإداري طبعة ١٩٨٨ ص١١٣٣ ، ١١٣٤ .

« C'est un procédé par lequel personne publique; dite autorité concédante, confie à une personne physique ou morale appelée concessionnaire le soin d'instance et de gérer un service public sous le contrôle de l'autorité concédante, moyennant une rémunération qui consiste le plus souvent dans les redevances que le concessionnaire percevra sur les usagers du service ».

التعريف التقليدي لعقد الامتياز في مصر :

١ – تعريف الفقه : " هو عقد إداري يتولى الملتزم – فردا كان أو شركة– بمقتضاه وعلى مسئوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ، فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز " ، أو أنه " طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة ، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام " .(١٩)

٢-التعريف التشريعي: عرف القانون المدني المصري عقد التزام المرافق العامة بأنه : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صبغة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق ، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " (٢٠) .

٣-التعريف القضائي :عرفه قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في فتواه رقم ٣٦٩ الصادرة في ١٦ ديسمبر ١٩٤٩ بأنه : " عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسئوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره ، وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر ، ويمنح في سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة ، وذلك مقابل جعل يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق " .(٢١)

وعرفته المحكمة الإدارية العليا : "إن التزام المرفق العام ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء

---

(١٩) يراجع مؤلف المرحوم أ.د /الطماوى " الأسس العامة للعقود الإدارية " المرجع السابق ص٩٦ .

(٢٠) أستاذنا د /محمد سعيد أمين في " العقود الإدارية " ١٩٩٩ دار الثقافة الجامعية ص٩٨ .

(٢١) حكم محكمة القضاء الإداري السنة العاشرة (مجموعة الأستاذ المستشار سمير أبو شادي) ص٩٧

خدمةً عامةً للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة المرفق العام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين " .[٢٢]

ويبرز التعريف التقليدي لعقد امتياز المرفق العام ثلاثة أمور أساسية :

- دور أشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز.
- اتصال عقد الامتياز بإدارة المرافق العامة الاقتصادية.
- تحمل الملتزم النفقات المالية لتسيير مرفق الامتياز.[٢٣]

---

(٢٢) المستشار حمدي ياسين عكاشة منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٩٨ " العقود الإدارية في التطبيق العملي " ص٥٣٣ الطعن رقم٣٩٧ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ .

(٢٣) مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٠٠. وقد حدث تطور في التعريف التقليدي لعقد الامتياز في هذه الأمور الثلاثة إلا أن التعريف التقليدي ما يزال يحتفظ بقيمته حتى الآن

المبحث الثاني

"الطبيعة القانونية لعقد الامتياز"

يوصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي ، لأن حرية القاضي الإداري في استخلاص قواعده أوسع بكثير من حرية القاضي العادي في سائر القوانين الأخرى ، فقد استطاع القاضي الإداري أن يدخل في عالم القانون قواعد هي في حقيقتها من صنعه ، حتى أصبح دوره مكملا للتشريع لعدم وجود تقنين عام وشامل في مادة القانون الإداري ، وما يزال باب الاجتهاد مفتوحا ليواكب التطور ، فالثبات يتنافى والكثير من قواعد القانون الإداري خاصة ما يتعلق بعقد الامتياز ذي الطبيعة التراكمية لتعرضه للتغيير والتطوير في جوانبه التنظيمية والتشريعية والاقتصادية حسب معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي .[٢٤]

وقد أصبحت الأحكام الإدارية معينا أصيلا تستقي منه مبادئ القانون الإداري ، ومن وجه آخر يهتم الفقه الإداري بترتيب تلك الأحكام والتعليق عليها، ورد التشريعات والأحكام معا إلى أصول عامة لتشمل جوانب المادة بأسرها، فأصبح قضاة مجلس الدولة يتعاملون في مجال القانون الإداري ومصادره بقضاء متوال مستقر بعد إنشاء المجلس عام ١٩٤٦.

وفي ضوء ذلك يتسنى تكييف عقد الامتياز من خلال تقييم عناصره وخصائصه الذاتية ، ويرى الفقيه " ديجي " *Duguit* أن الالتزام عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط :

أ)شروط تعاقدية *Clauses Contractuelles* : تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وتتناول الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام من ناحية والملتزم

---

[٢٤] هذا شأن القاضي الإداري حيث يخلق القواعد القانونية التي تحكم المنازعات الإدارية مستوحيا في ذلك المبادئ التي تتفق وطبيعة روابط القانون العام ، وبالتالي فهو لا يتقيد بحلول جامدة مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق هامش ص ٢٢ .

من ناحية أخرى ، وهي شروط لا تهم المنتفعين مباشـــرة كمـدة الامتيـــاز وكيفيــة الاسترداد ، والأحكام الخاصة بتنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الالتزام .[٢٥]

ب)شروط لائحية *Clauses Réglementaires* : لا يقتصر أثرها على الملتزم بل تمتـد إلى المنتفعين خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام وسيره كتحديد الرســـوم التــي يجوز تحصيلها ، والإجراءات الكفيلة بالمحافظة على ســـلامة المنتفعيـــن وشـــروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق ...الخ .[٢٦]

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري :[٢٧] " أن الدولة مكلفة أصـــلاً بـــإدارة المرافق العامة ، فإذا عهدت أمر القيام بها لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكـون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابـــة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة الغير مباشرة لإدارة المرفق العام ، لا تعتـــبر تنـــازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عـــن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل القيام بهذا الـــواجب تتدخل فـــي شـــئون المرفـــق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل .

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يخول الملتزم حقوقـــاً مستمدة من السلطة العامة تقتضيها قيام المرفق واستغلاله لهذا المركز اللائحي هـــو الذي يسود العملية بأسرها " .

" أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً له ، وليس من شأنه أن يحـــول دون صـــدور نصوصٍ لائحيةٍ جديدة تمس الالتزام وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق بيـــن السلطة مانحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليـــس عقـــداً ولا يترتـــب عليـــه التزامات دائنيه ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزاً قانونياً أو لائحياً ***فإن حـــق الدولة في التعديل بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل".***

---

[٢٥] أنظر أ.د /عصمت الشيخ " مبادئ ونظريات " ص ١٩٠ ، ولمزيد من التفصيل يراجع مؤلف أ.د /ثروت بـــدوي " النظرية العامة في العقود الإدارية " ١٩٧٦ دار النهضة العربية القاهرة ص ١١٨.

[٢٦] مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، كما يراجع مؤلـــف أ.د /فـــؤاد العطار في القانون الإداري ١٩٧٦ ص٥٨١ وما بعدها .

[٢٧] حكمها الصادر بتاريخ ٢٧يناير ١٩٥٧رقم ١٣٦٧لسنة ٧ ق

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا أن تؤكد ذات التكييف حيث تقول :" ومن حيث أن المسلم به فقهاً وقضاءً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . *والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة* ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة . غير أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل قواعد التعريفة أو خطوط السير لصالح المنتفعين ، إلا أن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة ، بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب على مثل هذا التعديل أضراراً بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعوضه بما يجبر هذه الأضرار ، ولقد أخذ المشرع المصري بما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد إذ نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة على أنه:"لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك بمراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".(٢٨)

وبالابتناء على ما تقدم فإنه إذا كان من حق المجلس البلدي (مانح الالتزام) أن ينقل موقف الأتوبيس من ميدان خارج المصيف إلى جوار نقطة الشرطة داخل المصيف ابتغاء صوالح رواد المصيف فإن ذلك ينطوي على تعديل لدائرة الالتزام ونطاقه على وجه مؤثر على خطوط السير ، وبالتالي على شروط التعريفة على ما سلف البيان ، ويلحق بالملتزمين خسارة من جراء انصراف رواد المصيف القادمين من القاهرة عن استعمال الوحدات التي أعدها الملتزمان لنقلهم إلى داخل المصيف .

وتقدر المحكمة التعويض الذي يجبر هذه الخسارة بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه عن سنتي ١٩٥٨ ، ١٩٥٩ السابقتين على إسقاط الالتزام بمراعاة أن المجلس البلدي وافق في ٤ من أبريل ١٩٥٩ على السماح للأتوبيس القادم من دمياط بدخول أرض

---

(٢٨) مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ ، ١٩٨٠ ص ١٩٢٤

المصيف علاوة على الأتوبيس القادم من القاهرة بما يزيد من الخسارة التي تلحق الملتزمين في موسم ١٩٥٩ " .

وإذا كانت العبارات السابقة لحكم المحكمة الإدارية العليا قد أكدت على الطابع المركب لعقد الامتياز ، من حيث احتوائه على شروط تعاقدية وأخرى لائحية ، فقد ركزت تلك العبارات أيضاً على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ، وضرورة الحفاظ عليها في مجال تنفيذ عقد الالتزام فاستعمال الجهة مانحة الامتياز لحقها ، وسلطاتها في تعديل التزامات المتعاقد معها على نحو يختل معه التوازن المالي لعقد الامتياز ينبغي أن يقابل بتعويض الملتزم عما أصابه من أضرار من جراء ذلك التعديل.[٢٩]

....

[٢٩] مؤلف أ د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ١٠٨.

الفصل الثاني

" تطور مفهوم عقد الامتياز "

تمهيد وتقسيم : [٣٠]

يعتبر القانون الإداري حديث النشأة ، وتعد فرنسا من بين أوائل الدول التي اكتمل فيها هذا القانون أو قارب التمام ، إذ بموجب قانون ٢٤مايو سنة ١٨٩٢ تم وضع أساس مجلس الدولة الفرنسي « *Le Conceil D'Etat* » وبمقتضاه تمتع المجلس باختصاص قضائي تام فاستطاع أن يبرر وجوده ، وأن يدعم مكانته لدى المواطنين والإدارة علي حدٍ سواء فكانت قراراته أحكاما تلتزم الإدارة بتنفيذها .[٣١]

ومنذ اللحظة الأولى درج هذا المجلس على أن ينظر إلى الأمور من أفق أوسع رحابه بحسبان أن القضاء العادي يهدف إلى تحقيق المصالح المتساوية بين الأفراد ، ويعنيه في المقام الأول الفصل في المنازعة المطروحة عليه بتطبيق أحكام القانون المدني مكتمل البنيان ، أما القضاء الإداري فقد أدرك أن له دورا أخطر أثراً وأبعد مدى ، وهو أن يصل إلى نقطة التعادل بين المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم المشروعة وبين تحقيق ما يستلزمه حسن الإدارة ، وتمكين رجالها من الإشراف على انتظام سير المرافق العامة.

من هنا بدأ التحول والتطور في تاريخ القانون الإداري الفرنسي وحاز مجلس الدولة رضاء الإدارة والأفراد على السواء ، فكثيراً ما تدخل المشرع وتبنى بنصوص تشريعيه صريحة ما سبق أن أقره المجلس في قضائه من قواعد ومبادئ ونظريات ، لهذا ارتبط تاريخ القانون الإداري في فرنسا بتاريخ مجلس الدولة فيها بحيث لا يمكن الكلام عن أحدهما دون الكلام عن الآخر ، ولكن القانون المدني ظل هو المرجع الأول للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد .[٣٢]

---

[٣٠] لمزيد من التفاصيل أنظر مؤلف العميد المرحوم أ.د /الطماوى في الوجيز المرجع السابق ص ٦ وما بعدها

[٣١] يراجع مؤلف أ د.ربيع أنور فتح الباب في " القانون الإداري القطري والمقارن " المرجع السابق ص ١٩٩

[٣٢] بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أنشئ مجلس الدولة المصري مقتديا بالنظام الفرنسي إلى حد كبير

وغنى عن البيان أن وظيفة الإدارة - وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات - تنحصر في السهر على تنفيذ القانون فيما يلي :

(١) مراقبة النشاط الفردي : تمارس الإدارة نشاطها في هذا السبيل عن طريق سلطات البوليس التي تستهدف حماية النظام العام *L'order Public* بمدلولاته الثلاثة وهي الأمن العام *écurité Publicé* و الصحة العامة *La Salubrité Publique* والسكينة العامة *La Tranquille Publique*.

(٢)التدخل بالوسائل المساعدة بمد يد المساعدة للمشروعات الخاصة التي تؤدى للجماهير منافع أساسية باستعمال وسائل القانون العام .

(٣) التدخل بإنشاء مشروعات المرافق العامة إذ تتدخل الإدارة بنفسها لإشباع حاجه من الحاجات العامة ، إذا ما قدرت أن المصلحة العامة تستلزم تدخلها لإشباع تلك الحاجة ، حينذاك يأخذ نشاط الإدارة في الغالب صورة المرفق العام .

ومن هذه الصور الثلاث يتكون نشاط الإدارة وتأخذ كل دوله بقدر متفاوت من كلٍ منها وفقاً لظروفها الاجتماعية .

وكان مقتضى الأخذ بفكرة المرفق العام كأساس في القانون الإداري . أن تطورت وظيفة الدولة من دوله حارسه إلى دوله متدخلة تُقدم للأفراد خدمات أساسية كالتعليم والنقل والسكك الحديدية والكهرباء والغاز ..إلخ في شكل مشروعات تُنشئها وتُسيرها أو تُشرف على تسييرها بما يكفل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله .

وحينذاك تجلى أمام الإدارة حاجة ماسة إلى قانون مستقل وفق مبادئ قوامها مقتضيات حسن سير المرافق العامة بحيث تستطيع الإدارة من خلاله أن تُعدل في نظمها من أجل تلبية ما تتطلبه احتياجات المنتفعين من المرافق العامة [٣٣].

وعلى ذلك أخذ معيار " المرفق العام " مساره استناداً إلي أحكام صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي ومبادئ أرستها محكمة التنازع ازدان بها حكم بلانكو الشهير في ٨ فبراير سنة ١٨٧٣، وحكم مجلس الدولة في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ في قضية

---

[٣٣] يتميز القانون الإداري الفرنسي بوجود قاضٍ خاص للإدارة يطبق قانوناً خاصاً هو القانون الإداري ، وحين اتضح أن الدولة لا تبدو في جميع تصرفاتها بمظهر السلطة العامة التي تصدر عن إرادة الإدارة الآمرة ، وهذه تحكمها قواعد القانون الإداري . أما التصرفات العادية فليس هناك ثمة مقتض لأن تعامل معاملة استثنائية ، والقاضي الإداري لم يكن مقيدا بحلول محددة في مجموعة أو أخري مثل الحال في المجموعة المدنية أو المجموعة التجارية يراجع في ذلك مؤلف أ.د /ربيع أنور فتح الباب في " القانون الإداري القطري والمقارن " المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها

Terrier وحكمه الصادر في ٤ مارس ١٩١٠ ، وكان المعيار من ذلك هو تنفيذ مهمة المرفق العام « *Critère De L'exécution Du Service Public* » ، ثم ما لبث أن تحول هذا المعيار إلى المشاركة أو المساهمة في المرفق العام « *Participation Ou Service Public* » تلك الفكرة التي ظهرت في تقرير المفوض *Blum* بمناسبة قضية شركة الجرانيت فوج ، ومنذ ١٩١٤ بدأ نشاط الإدارة يتسع مداه في اتجاهين :الأول : ارتياد الإدارة مجال النشاط الفردي واستحداث المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي ، والثاني : السماح للأفراد أن يعاونوها بمشروعات امتياز المرافق العامة بحيث تستفيد من وسائل القانون العام ، كلما كانت لازمه ومفيدة لها في أدائها لوظائفها. [٣٤]

ورغم اتساع فكرة المرفق العام وشمولها لكل نشاط اداري ذي نفع عام الا أن القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة التنازع يرفض اعتبار ادارة الدولة لدومينها الخاص من قبيل المرافق العامة . [٣٥]

وغني عن البيان أن وسائل إدارة المرافق العامة ، قد تعددت من حيث درجة التدخل ، فمنها ما ينطوي على هيمنة الدولة بصورة تامة كما في حالة الاستغلال المباشر *La Régie Directe* ومنها ما تقل فيه درجة رقابتها، وبين هاتين الطريقتين طرق أخرى مشتقة تتفاوت فيها مدى رقابة الدولة.[٣٦]

وكان التزام (أو امتياز) المرافق العامة « *Le Concession de Service Public* » أن تعهد الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو

---

[٣٤] مؤلف أ.د /محمد حسين أمين في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٣٧ ،٣٨ ، وحكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣١ يوليو ١٩١٢ قضية *Société des granits porphyroïdes des Vosges* المجموعة ص ٩٠٩ والتعليق على الحكم بمجلة القانون العام الفرنسية عام ١٩١٤ ص ١٤٥ للأستاذ جيز ، وأ.د /فؤاد العطار في القانون الإداري مرجع السابق ص٥٧٧ ، ورسالته بالفرنسية " عقد الأشغال العامة " جامعة باريس ١٩٥٥ ص١٨.

[٣٥] انظر مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص٦٢

[٣٦] وهذا بعكس ما كان متبعا في الماضي حين كان يترك لبعض الأفراد إدارة مرافق إدارية بحتة كجباية الضرائب فكان يتولاها ملتزم " نظير دفع مبلغ إجمالي للدولة ، كما كانت شركات الاستعمار الكبرى كشركة الهند الشرقية تتولى إدارة جميع مرافق البلاد المحتلة " .

الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمده محدودة ، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته في مقابل تقاضى رسوم من المنتفعين" .(٣٧)

وما تقدم بيان موجز عن نشأة وتطور كل من : القانون الإداري ومجلس الدولة الفرنسي وفكرة المرفق العام حتى أوائل القرن العشرين ، *وهذا البيان يعد لازما لسببين :*

➢ الأول : أن القانون الإداري وأحكام مجلس الدولة الفرنسي هما المصدر الرئيسي لمجلس الدولة المصري في مجال المنازعات الإدارية .

➢ الثاني : أن عقد الامتياز وليد فكرة المرفق العام ، وما يزال هذا العقد في مجال نشأته وتنفيذه وانقضائه موصولا في الخضوع للقواعد والمبادئ والأصول العامة التي تحكم تنظيم المرفق العام .

ولا شك أن الوقوف على تطور عقد الامتياز في الماضي (٣٨) أمر يرتبط بتكييف حاضره ومستقبله ، وهي مراحل متلاحقة تشكل وحدة واحدة موصولة،،،ومن أجل إثراء البحث تبدو أهمية الإطلاله التاريخية على مراحل تطور عقد الامتياز ، لهذا نتناول في مبحثين دراسة تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا ومصر:

المبحث الأول

" تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا "

المبحث الثاني

" تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر "

---

(٣٧) أنظر لمزيد من التفاصيل العميد أ.د /الطماوى ص ٢٨٧ وما بعدها في الوجيز المرجع السابق . ويقول أ.د /توفيق شحاتة في رسالته ص٦ " أن اصطلاح الامتياز في القانون الإداري اصطلاح غامض ، ويتسع لعدد كبير ومتباين من الأعمال والأوضاع الإدارية ، وظهرت كلمة الامتياز بالمفهوم الحديث متأخرة نسبياً وتستخدم لوضع بعض القواعد الإجرائية الفنية بغرض استغلال الثروات العامة أو تنفيذ المشروعات أو تنظيم وتشغيل المرافق العامة مثل امتياز واستغلال المناجم والطاقة الهيدروليكية والأشغال العامة والمرافق العامة " .

(٣٨) أنظر أ.د /عمر ممدوح مصطفي " أصول تاريخ القانون " ١٩٥٤ الإسكندرية ص٤٦ ويقول بأن " تقييم أي نظام وفهمه على الوجه الصحيح إنما يتم من خلال إطلالة تدرجية على تطور هذا النظام " .

المبحث الأول

" تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا "

تقديم وتقسيم :

ظل الرأي السائد في الفقه الفرنسي " أن الالتزام وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من ولاية آمرة [٣٩]، ويرضخ له الملتزم اختياراً لقبوله شروط الالتزام " [٤٠].

وهذا الرأي وإن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التدخل والتعديل في قواعد الالتزام وإلغائه إذا اقتضى الأمر ذلك دون ما حاجه لرضاء الطرف الآخر إلا أنه يُغفل جانب الملتزم ويهدر حقه كطرف ثان في عقد الامتياز ، لذا أهمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي والمستمد من فكرة السلطة العامة ، وأيد " فكرة المرفق العام " كما جاء في حكم *Terrier* الصادر في ٦ فبراير ١٩٠٣ .[٤١]

ثم اتجه الرأي بأن عقد الامتياز من عقود القانون المدني يخضع لما تخضع له هذه العقود من أحكام ، وحينذاك صاغ العميد " دوجي " " نظرية المرفق العام" فنالت

---

[٣٩] وقد فسر أصحاب المذاهب التيوقراطية حينذاك بأن مرد السلطة المانحة هو الله –فالله مصدر السلطات في الدولة وتصرفات الحاكم ليست إلا تنفيذاً للعناية و المشيئة الإلهية. الأمر الذي يستتبع أن تكون إرادة الحكام فوق إرادة الجميع " لمزيد من التفاصيل أ.د /محمد أنس قاسم جعفر " النظم السياسية والقانون الدستوري " ١٩٩٩ دار النهضة العربية بالقاهرة ص٢٧ ومؤلف أ.د /محمد كامل عبيد " نظرية الدولة " ١٩٩٤ طبعة كلية شرطة دبي ص٣٨٤ ومؤلف أ.د /محمد كامل ليله في " النظم السياسية " ١٩٦١ ص٢٠٢ في نظرية الحق الإلهي المباشر وغير المباشر.

[٤٠] " وإن استقلال الإدارة بفرض شروط العقد واقتصار دور المتعاقد علي قبولها ، لا يخل بمفهوم الرضائية التي يتصف بها عقد امتياز المرفق العام وهو في هذه الحال بمثابة عقد إذعان " أ.د /محمد سعيد حسين أمين في " الأحكام العامة للالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العامة في تنفيذ العقد الإداري " المرجع السابق ص١٥ .

[٤١] يراجع مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٩٧ ، ورسالة أ.د /توفيق شحاتة ص ٥٥ ويقول " أن لهذه النظرية وجاهتها لأنها تسمح دون صعوبات بتفسير إمكانية السلطة العامة في مسار عملية الامتياز بعين الاطمئنان إلى حسن سير المرفق ، وطالما أن الامتياز وليد الإرادة المنفردة للحكومات فإنها تستطيع أن تُدخل في أي وقت التعديلات التي تراها ضرورية . إلا أنه يجب عدم تجاهل إرادة صاحب الامتياز والتضحية بمصالحه لأن ذلك من شأنه التأثير علي حسن سير مرفق الامتياز "

القبول لدي كل من الفقه والقضاء ، ومبناها : [٤٢] " أن الالتزام هو عمل قانوني مركب يحتوى على نوعين من النصوص :

(١)نصوص تعاقديه : تشمل الأعباء المالية المتبادلة ومدة الالتزام وكيفية استرداد الالتزام وتنفيذ الأشغال العامة ...الخ .

(٢)نصوص لائحية : يمتد أثرها إلى المنتفعين ، والتي تتصل بتنظيم المرفق وسيره وتحديد الرسوم والإجراءات الكفيلة بسلامة الانتفاع وشروط الخدمة.

وبصفة عامه يعتبر من النصوص التعاقدية تلك القواعد التي يمكن الاستغناء عنها لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة المباشرة ، وتسري النصوص اللائحية والتعاقديه معا حين يدار المرفق عن طريق الملتزم .

وفي ضوء التشريعات ورأى الفقه وأحكام القضاء نتناول التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا ، وتطور مجالاته ، وتعدد صوره في مطلبين :

المطلب الأول

التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا

المطلب الثاني

تطور مجال عقد الامتياز في فرنسا وتعدد صوره

---

[٤٢] يراجع مؤلف أ.د /عزيزة الشريف بعنوان " دراسات في نظرية العقد الإداري " ١٩٨١ دار النهضة العربية القاهرة ص٧٣ وما بعدها . ورسالة أ.د /توفيق شحاتة المرجع السابق ص٥٦ .

المطلب الأول

" التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا "

تطور التعريف التقليدي لعقد الامتياز بإدخال تعديلات وإضافات أصبحت معه معايير التعريف القديم غير صالحة للتطبيق نظراً للمتغيرات التي طرأت في العناصر المتعلقة بأطراف العقد ومجالاته ، وفي أسلوب أداء الحقوق والالتزامات كما يلي:(٤٣)

- " التزام المرافق العامة ... هو اتفاق يكلف فيه شخص عام شخصاً آخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافأة تتحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق".

{{ La concession de service public est une convention par la quelle une personne publique charge une outre personne de l'exploitation d'un service public moyennant une rémunération de terminée par les résultats financiers de l'exploitation}}

- عقد التزام المرفق العام هو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة إلي شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بكامل حريتها ، وتسمي الإدارة في هذه العملية بالسلطة المانحة « *L'Autorité Concédante* » ، أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم ، وتتمثل الالتزامات الأساسية المترتبة علي عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم علي نفقته ومسئوليته تسيير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط ، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية إتاوات *Redevances* من المنتفعين بالمرفق لمدة محددة هي مدة العقد ذاته ، وبعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلي حوزة الإدارة بحالة جيدة.(٤٤)

---

(٤٣) يراجع مؤلف أ.د /سعاد الشرقاوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٨، ٤٩ " ورسالة أ.د /توفيق شحاتة ص٥ وما بعدها ويذكر بأن " فكرة عقد امتياز المرفق العام حديثة نسبيا ، وهي لا تعدو أن تكون تطورا لنظام قديم وهو امتياز الأشغال العامة وكان الغرض منه أساساً إنشاء مشروعات الأشغال العامة ولا سيما السكك الحديدية ذات النفع العام ، ولم تعد المسألة في نطاق تطورها تقتصر على إنشاء المشروع بل شملت إدارته".

(٤٤) يراجع في الفقه الفرنسي :

* *Chapus R. « Droit administratif » 1988 tome 1 Paris P560.*
* *Mariel P.L «le trésor public et les délégations » 1996 A.J.D.A P684.*

، ولمزيد من التفاصيل انظر رسالة د /مهند مختار نوح المرجع السابق ص١٤٥ .

وبذلك يشمل التعريف الجديد التطورات المتعلقة بأطراف العقد ومجالـه ونظامـه القانوني وأسلوب حصول الملتزم على المقابل المالي ومصدره علي النحو التالي:

أولا : لم يعد امتياز المرفق العام قاصرا على الشركات ذات رأس المـال الخـاص ، فمن الممكن منح امتياز المرفق العام لمؤسسات عامة أو شركات اقتصاد مختلط .

ثانيا : إذا كانت المرافق العامة الاقتصادية يمكن أن تـدار بطريـق الامتيـاز ، فـإن المرافق العامة الإدارية يمكن أن تدار بهذا الأسلوب .

ثالثا : أن قاعدة تحمل الملتزم بمفرده لنفقات تشغيل المرفق العـام المـدار بطريـق الامتياز ، يتم التخفيف من حدتها بمساهمة مالية تقدمها الجهة مانحة الامتياز.[٤٥]

=وهذا التعريف الجديد يتسع لأن يكون الملتزم شخصا من أشخاص القانون العام ، وأن يكون الالتزام خاصـا بمرفـق صناعي أو تجارى كما وسع في أسلوب حصول الملتزم على المقابل المالي في صورة رسوم يدفعها المنتفعون، أو مبالغ يدفعها آخرون، أو تمويلا من جهة الإدارة، أو من جهة غير الإدارة ومن غير المنتفعين، أو مزيجا من ذلك .

[٤٥] يراجع مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ١٠٠، ١٠١.

المطلب الثاني

تطور مجالات عقد الامتياز في فرنسا وتعدد صوره

من الثابت أنه قد حدث تطور في مجالات عقد الامتياز وتعددت صوره في فرنسا وذلك على النحو الآتي[٤٦]:-

المجموعة الأولى: عقود الالتزام [٤٧]

🕮 أولا: عقد امتياز أشغال عامة (Concession de travaux public):
عقد يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة ببناء أو صيانة مشروع عام، ولكن المقابل هنا ليس ثمنا كما هو الحال في عقد الأشغال العامة إنما يتمثل المقابل في منح الملتزم سلطة استغلال المشروع العام لمصلحته خلال مدة زمنية مناسبة تكفل له تغطية نفقاته في صورة رسوم تفرض على المنتفعين به ، مثل الحال في تمكين الجمهور من استعمال قناة ،أو طريق ،أو ممرات مقابل رسوم معينة.

🕮 ثانيا: عقود امتياز تشغيل خطوط نقل بالسيارات: يلتزم المتعاقد بتشغيل خطوط أتوبيس للخدمة العامة ، وفى ذلك يقتصر الأمر على تأجير جراج لحفظ السيارات وصيانتها دون حاجة لإقامة أية أشغال عامة.

🕮 ثالثا: عقود امتياز توزيع الطاقة:استخدمت الهيئات المحلية في فرنسا صيغة عقد الامتياز لضمان حصول المواطنين على الخدمة دون أن تكلف الهيئات العامة شيئا ، خاصة توزيع الطاقة (الكهرباء والغاز) وذلك بعد الحصول عليها من المرافق المسئولة عن توليد أو توريد الطاقة.

🕮 رابعا: عقود الالتزام في مجال البنية الأساسية:و أهم الصور الحديثة في مجال البنية الأساسية للطرق هو استغلال الأنفاق ومثالها نفق "مونت بلان" (Mont

---

[٤٦] أستاذنا الدكتور محمد سعيد أمين في العقود الإدارية ص ١٠٢ وما بعدها المرجع السابق.

[٤٩] انظر مؤلف أستاذنا الدكتورة سعاد الشرقاوى المرجع السابق ص ٨٣ وما بعده.

Tunnel de Sainte Marie Aux Mines ،Blane Tunnel De Fréjus) الـذي أنشئ تحت الماء بين إنجلترا وفرنسا.

📖 خامسا: التزامات مواقف السيارات *(Les concessions de pares de stationnement)*: وهي صورة قريبة من صور التزام البنية الأساسية للطرق.

📖 سادسا: عقود الالتزام بتوزيع الماء والتدفئة: يتم عن طريق التزام المرافق العامة، وذلك بإبرام عقد يكلف فيه الملتزم بإدارة وتسيير المرفق العام لمدة محدودة.

📖 سابعا: التزامات المجال الصحي والاجتماعي: تظهر في هذا المجال إدارة الحمامات العامة، والسلخانات العامة ،والأسواق ،وجمع القمامة واستخراج المياه الجوفية المعدنية، وبموجب القانون الصادر في فرنسا في ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ فتح أمام الإدارة استخدام عقد التزام المرافق العامة في مجال المستشفيات العامة، تبعه مرسوم صدر في ١٢ مايو ١٩٧٤. وهذا المجال متميز من زوايا متعددة ذلك أن دفع الرسوم مقابل العلاج يكون ذا طابع خاص بواسطة هيئات التأمين الاجتماعي.

📖 ثامنا: عقود الالتزام في مجال الترفيه: أدي اتساع وتعدد وسائل الترفيه إلى امتداد التزام المرافق العامة إلى هذا المجال، وقد تطورت الأفكار إلى اعتبار الترفيه مرفقا عاما، وكانت العقود المتعلقة به تخضع للقانون الخاص، ثم تحولت إلى عقود قانون إداري، بسبب احتوائها على شروط استثنائية خارقة للشريعة العامة، كما حدث في مجال المسرح وتأجير صالات عرض المسرحيات والسينما وإدارة كازينوهات ومناطق الاستشفاء والفنادق السياحية والمناطق المائية الساحلية ، واعتبرتها الدولة وانتهي أحكام مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه إلى أنها مرافق عامة(٤٨).

وينطبق عقد التزام المرافق العامة على المطاعم والشواطئ وإدارة الحدائق العامة، واستغلال بحيرة أو عين مائية، وما يعرف (بالمارنيا) أي الشواطئ التي

---

[٤٨] انظر دى لوبارير في العقود الإدارية ص ٣٠٧ أ. د. سعاد الشرقاوى المرجع السابق ص ٨١.

تستخدم لسياحة اليخوت. وأخيرا ظهرت صور من المرافق العامة استُخدم فيها أسلوب التزام المرافق العامة وهو مجال استخدام القنوات الفضائية، والأقمار الصناعية لبث برامج خاصة للمشتركين ، فالعقد المبرم بين الدولة والشركة الملتزمة ببث البرامج التلفزيونية الخاصة هو عقد التزام مرفق عام.

المجموعة الثانية: "العقود القريبة من عقد التزام المرافق العامة"

إن تكليف المتعاقد مع الإدارة بمسئولية مرفق عام مقابل مكافأة ناتجة عن استغلال المرفق يعد عاملا حاسما في تكييف العقد بأنه قريب من عقد التزام المرافق العامة وهذه العقود تسمى : عقود النقل العام لتحقيق منفعة محلية *"Les contrats des transports publics d'interet local"* فجميع عقود النقل ذات الأهمية المحلية التي تبرمها الهيئات المحلية تخضع لمرسوم ٢٩ أكتوبر ١٩٨٠ المنظم لصور العقود التي تستغل مرافق النقل المحلية ،وبتحميل المتعاقد مخاطر مشروع وإدارة مرفق النقل المحلى ، والنقل مقابل ثمن محدد إما بالمسافة، وإما بثمن إجمالي كل هذه المسائل المتعلقة بإدارة النقل المحلى تخضع لمرسوم ١٠ مارس ١٩٨١، و أهم ما يميز هذه العقود المتعلقة بالنقل على الصعيد المحلى عن عقود الالتزام أن مصاريف الاستثمار والتمويل تتكفل بها الإدارة المتعاقدة كليا، أو جزئيا، وهذا الحل في التمويل ليس مستبعدا في عقود التزام المرافق العامة، وأدى هذا التطور إلى ظهور عقود بعيدة ، أو قريبة من عقود الالتزام التقليدية، ويبدو هذا واضحا من التنظيم القانوني للعقود الأربعة المتعلقة بالنقل المحلى وهي[٤٩]:

١) عقد الإدارة على مسئولية الملتزم *"Le contrat de gestion aux risques et périls"* ويتحمل المتعاقد مخاطر المشروع في هذا العقد ولقاء تحمله المخاطر يقوم المتعاقد بتحصيل مقابل من المنتفعين بالمرفق الذي يديره.

٢) عقد إدارة بضمان حد أدنى للربح: *"Le contrat de gestion avec garantié de Recett"* ، وتُكلف الإدارة المتعاقد معها بمسئولية إدارة المرفق مقابل حصوله على

[٤٩] أستاذنا الدكتورة سعاد الشرقاوى في العقود المرجع السابق ص ٩٦وما بعدها .

رسوم من المنتفعين بالمرفق، ولكن مخاطر المتعاقد محدودة لأن الإدارة المنظمة للمرفق تتعهد له بضمان حد أدنى من الربح الناتج من المشروع أو جزء منه.

٣) عقد الإدارة بثمن إجمالي: *"Le contrat de gestion avec a prix forfaitaire"* وفيه تَعهد الإدارة إلى المتعاقد بمهمة إدارة المشرع، وتضمن له سنويا مبلغا إجماليا.

٤) عقد الإدارة: *Le contrat de géranc* ، في هذا العقد تكلف الإدارة المتعاقد استغلال المرفق وإدارته، ولكنها تحتفظ لنفسها بتحديد السياسة العامة ومسئولية التمويل، و الاستثمار وحساب الفوارق المالية للمشروع محل الاستغلال، وتتحدد مكافأة المستغل عن طريق مبلغ تدفعه الإدارة على النحو الذي يحدده العقد بناء على طبيعة، وحجم العمليات الناتجة عن استغلال المرفق وإدارته.

والعقد رقم (٤) رغم وروده في تنظيم عقود النقل المحلى بموجب مرسوم ١٠ مارس ١٩٨١ الفرنسي إلا أنه ليس قريبا من عقد الالتزام، وإنما هو عقد من عقود مشاطرة الاستغلال *"la régie intéressée"* أما الصورة رقم (٣) وهي عقد الإدارة بثمن إجمالي فهو عقد شبيه بعقد مقاولة الأشغال العامة ويمكن وصفه بأنه عقد مقاولة إدارة مرفق عام *"un contrat d'entreprise service public"*.

- إلا أن العقد رقم (١) الذي يتحمل فيه المتعاقد مخاطر المشروع، وكذلك العقد رقم (٢) الذي يحصل فيه المتعاقد على حد أدنى من الربح فإنه يمكن إدراجهما بكل خصائصهما في مجموعة عقود التزام المرافق العامة(٥٠).

المجموعة الثالثة: عقود الالتزام الأخرى(٥١): *"Les autres concession"*

يستخدم اصطلاح الالتزام *"concession"* لوصف مجموعة كبيرة من العقود الإدارية إلا أنه يمكن عن طريق التحليل الدقيق التعرف على العقود التي ينطبق عليها تكييف عقود التزامات مرافق عامة.

---

(٥٠) المرجع السابق ص ٩٧،٩٨.

(٥١) المرجع السابق ص٩٩ وما بعدها.

فالعقد الذي تتنازل به الإدارة عن البحر (un acte` de concession de lais et de relais de la mer) إذا لم يكن البحر الإقليمي أو طرح البحر داخلا في نطـاق المرفق العام ، فذلك لا يعتبر عقد التزام، بل هو عقد بيع (حكم المجلس ٨ يناير عـام ١٩٥٨) ، حيث يميز الفقه الفرنسي بين عقود الالتزام المتعلقة بالدومين العام وعقود الالتزام غير المتعلقة به ، كما أن عقد الامتياز يختلف عن الترخيص بشغـل جـزء من الطريق العـام (les permissions de voirie) رغـم وحـدة أطـراف العقـد والترخيص، وكذلك وحدة الموضوع أو محل العمل وهو الدومين العام.

ويرى الفقيه "دى لو بادير" أن التراخيص بشغل الدوميـن العـام ذات طبيعـة مزدوجة فهي قرارات إدارية يلحق بها عقد إداري يحدد حقـوق والتزامـات طرفـي الرابطة العقدية ،ويصدر القرار والعقد في وثيقة واحدة ، لذا يتعيـن فصـل القـرار الإداري عن الشروط ذات الطبيعة التعاقدية.

أما عقود شغل الأسواق القومية ، وعقود التزامـات الإعلانـات فـي الطـرق ووسائل المواصلات العامة –فقد انتهي مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هـذه العقـود تعتبر عقودا إدارية.

ويدخل في نطاق "عقود التزامات الدومين العام" إقامـة المحـلات والمقـاهي والمطاعم والمدافن العامة وعقود طرح البحر ،والتزامـات الأراضي في البلاد أو فـي المستعمرات والتزامات المناجم ،واستغلالها بواسطة الأفراد أو الدولة مباشرة.

ويلاحظ أن التزامات المناجم ليست التزامات مرافق عامة أو أشغال عامـة لأن استغلال المنجم ليس في ذاتـه مرفقا عاما، وإن كان نشاطا ذا نفـع عـام وقـد أدي تطور النظام القانوني للمناجم إلى غلبة الصفة التعاقدية علـى العلاقـة بيـن الإدارة، ومستغل المنجم ، لأن الالتزامات العامة المفروضة على الملـتزم بواسـطة كراسـه الشروط ، لا أثر لها على الغير ، وفي الماضي كان مستغل المنجم مالكا له ثم انتفـت عنه هذه الصفة تدريجيا ، وظلت الدولة هي المالكة.

فهناك مزيج من الشروط اللائحية والشروط التعاقدية ممـا يجعـل التزامـات المناجم ذات طبيعة مختلطة *(Une nature mixte)* شبيهة بعقـود الـتزام المرافـق العامة، وعقود الأشغال العامة.

المبحث الثاني
" تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر "

تمهيد وتقسيم :

ظل القانون الإداري مجهولا في مصر حتى عام ١٨٧٥ ـ تاريخ إنشاء المحاكم المختلطة ـ حيث لم تكن أعمال الإدارة وأوامرها حينذاك تخضع للقانون لأن كلمة الإدارة كانت هي القانون فالملكية مطلقة والدولة تختلط بشخصية الملك (أو السلطان) فتسرى إليها حصانته،وليس لأحد مساءلتها أمام القضاء عن أي تصرف تجريه بهذه الصفة .

وحينذاك قامت مصر بمنح عدة امتيازات منها : الامتياز الممنوح في عام ١٨٥١ للمهندس الإنجليزي "جورج ستفينسون" لإقامة أول خط حديدي في أفريقيا بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة ، وكان هذا هو الامتياز الأول ، أما الثاني وأشهرها فهو امتياز حفر قناة السويس في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ ، ثم حُرر عقد آخر في ٦ يناير سنة ١٨٥٦ شكلت بمقتضاه شركة قناة السويس (٥٢) .

---

(٥٢) أنظر رسالة د. توفيق شحاتة ص٢١ وما بعدها *La concession de service public* ١٩٤١:

"En 1851, le Vice-Roi avait accordé à l'ingénieur anglais Stephenson la concession des travaux et la fourniture du matériel pour un chemin de fer allant d'Alexandrie à Suez,avec embranchement sur le Caire. Ce fut le premier chemin de fer construit en Afrique. Quelque temps après, le 30 septembre 1854, était signé un firman octroyant à Ferdinand de Lesseps la concession d'un canal à creuser à travers l'isthme de Suez. Cet acte lui donnait "le pouvoir exclusif de constituer et de diriger unecompagnie universelle pour le percement de l'isthme de Suez et l'exploitation d'un canal entre les deux mers, avec faculté d'entreprendre ou de faire entreprendre tous travaux et constructions, à la charge pour la Compagnie de donner préalablement toute indemnité aux particuliers, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique". C'était une concession de travaux publics conforme à la notion traditionnelle de la concession telle qu'elle existait à cette époque enFrance. L'article. 10 de ce premier firman stipule " qu'à l'expiration de la concession (dont la durée était fixée à 99 ans) , le Government Egyptian sera substitué à la Compagnie, jouira sans réserves de tous les droit et entrera en pleine possession du Canal Des deux mers et de tous les établissements qui en dépendront ." =

وفي عام ١٨٦٥ - منحت الحكومة المصرية شارل ليبون البلجيكي امتياز مرفق الغاز في مدينة القاهرة ثم مدينة الإسكندرية .

وفي عام ١٨٧٥-امتياز منحته الحكومة المصرية لرجل الأعمال الفرنسي"ماتوري"مرفق الغاز بمدينة بور سعيد.

وفي عام ١٨٨١ - منحت الحكومة المصرية مستر"بل"الأمريكي امتياز أول خط تليفوني بين القاهرة والإسكندرية.

وفي عام ١٨٨٧- تم منح تجفيف بحيرة أبو قير وبمقتضاه أصبحت الأرض ملكا خالصا للملتزم مع إعفائه من الضرائب عدة سنوات.

وفي عام ١٨٩٤-منحت الحكومة المصرية لشركة بلجيكية امتياز مرفق الترام بمدينة القاهرة لمدة تنتهي في ديسمبر ١٩٤٦ وتم تجديد العقد لمدة تنتهي في ٣٠ /٦/١٩٧٨[٥٣].

وحينذاك كان الرأي السائد فقها وقضاء أن الالتزام وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من ولاية آمره ، وظهر رأى آخر بأن الالتزام عقد من عقود القانون المدني يخضع لما تخضع له من قواعد .

ثم صدر دستور ١٩٢٣ ونصت المادة ١٣٧ منه على أن " كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح

=وانظر مؤلف المرحوم الأستاذ الدكتور محمد حسين هيكل " دين مصر العام " - الناشر - المجلس الأعلى للثقافة عام ١٩٩٩ ص ٢٨ومؤلف الدكتور مسعود ضاهر "النهضة العربية و النهضة اليابانية" تشابه المقدمات واختلاف النتائج إصدار المجلس الوطني بدولة الكويت الناشر عالم المعرفة العدد ٢٥٢١- ص ٣١٢ وما بعدها جاء ما يلي :- "اعتمد الخديوي سعيد سياسة التعاون غير المشروط مع الأوروبين فاعطى صديقة دى ليسبس الترخيص الرسمي لحفر قناة السويس ومهد الطريق أمام الخديوي إسماعيل للقيام بحركة تغريب واسعة النطاق فتجاوز كل الضوابط الصارمة التي وضعها جدة محمد على والاقتراض من المؤسسات المالية الاورربيه بفوائد فاحشة وإعطاء الأوروبين امتيازات خاصة غير السماح لهم بالتقاضي أمام المحاكم المختلطة التي كانت دوما تحكم لصالح الأجانب على حساب المواطنين وخلت الساحة للإنجليز فاسقطوا إسماعيل واحتلوا مصر عام ١٨٨٢ومن نافل القول أن الاعتراف للرعايا الأجانب بحق التقاضي أمام محاكم مختلطة يشكل انتقاصا للسيادة الوطنية ويضر بسمعة مصر وتؤكد الوثائق أن خلفاء محمد على لم يبقوا أوفياء للمبادئ الاصطلاحية التي انطلق منها رائدهم. .وقد بدأ اليابانيون نهضتهم بتحديث مصانعهم ومؤسساتهم واستخلصوا العبر من تجربة مصر فتلافوا كثرة القروض ، ورفضوا المحاكم المختلطة التي تنتقص من السيادة الوطنية" .

[٥٣] انظر رسالة الدكتور توفيق شحاتة -المرجع السابق ص٢٢ وما بعدها.

الجمهور الهامة ، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون والى زمن محدد ، وبذلك أحدث الدستور تغييراً في النظام الأساسي للدولة وتطورا في مجال عقود امتياز المرافق العامة في نحو لا يمكن إغفاله أو الالتفات عنه ـ بما نص فيه من قواعد أرست مبدأ الفصل بين السلطات وبات السلطان (السلطة التنفيذية) موضع رقابة من جانب البرلمان (السلطة التشريعية) فلا يجوز للحكومة منح التزام قومي إلا بقانون وإلى زمن محدود [٥٤].

وفي ظل ما أحدثه الدستور من تغيير جذري في نظام الدولة. بزغت حياة قانونيه جديدة توجها المشرع بصدور القانون المدني الجديد في٢٦ يوليو ١٩٤٨ والذي تنص المادة ٦٦٨ منه على أن :"التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صبغة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة معينة من الزمن " ،،، وقد أخذ القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن المرافق العامة بهذا التمييز في نصوصه ضمنا ورتب عليه نتائجه ، كما استقر مجلس الدولة المصري على هذا النظر في جميع أحكامه وفتاويه ، ولكن أحكام هذا القانون لم تتضمن كيفية منح التزام المرفق العام والإجراءات المتعلقة بإبرام العقد .

ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ :"يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز، أو مدة الامتياز، أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ويكون تعديل ما عدا ذلك بقرار من الوزير المختص"على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " [٥٥] .

---

[٥٤] د.رمزي طه الشاعر ـقضاء التعويض الطبعة الثالثة (٢٠٠٠) ص٦٤،٦٥ ويقول "وإذا كان اصطلاح "الحكومة"لدى بعض الفقهاء يمكن أن يشمل مجموع الهيئات الحاكمة أو المديرة للدولة بما في ذلك السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية فإن دستور ١٩٧١ قد استعمل هذا الاصطلاح بمعنى ضيق يشمل السلطة التنفيذية وحدها " فقد نصت المادة ١٥٣ من الدستور على أن " الحكومة هي الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة ، وتتكون الحكومة من مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمال الحكومة"

[٥٦] هذه الفقرة الأخيرة أضيفت بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ في شأن اختصاصات هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطرق العامة والقانون رقم٣لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء و إدارة وتشغيل المطارات وأراضي النزول "والقانون رقم ٢٢لسنة ١٩٩٨في شأن الموانى المتخصصة ، وتقضى أحكام هذه القوانين بجواز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والعرب والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل واستغلال وصيانة محطات توليد الكهرباء والطرق والمطارات والموانئ ،،، *__كما تضمنت القوانين الأربعة نصاً يقضي بعدم التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة .__*

وبناء على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧المشار إليه أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة

١) مطار مرسي علم ٢) مطار العلمين ٣) مطار رأس سدر

بنظام الـ *B.O.T.* ،،، وتم توقيع عقود الامتياز الثلاثة مع ثلاث شركات مصرية تأسست خصيصا لهذا الغرض... وهي أول شركات مصرية جرى تأسيسها لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ *B.O.T.* ، ونتعرض في هذا المبحث لدراسة تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر من خلال مطلبين:

المطلب الأول

تطور مفهوم عقد الامتياز وتنوع مجالاته وتعدد صوره في مصر .

المطلب الثاني

تطور مفهوم الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر .

المطلب الأول

" تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر

وتنوع مجالاته وتعدد صوره"

تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر وتنوعت مجالاته ، كما تعددت صوره عـــبر مراحل زمنية ثلاث : -

المرحلة الأولى

الامتياز منحة من الحاكم.

المرحلة الثانية

وجوب إصدار قانون بمنح امتياز المرفق العام.

المرحلة الثالثة

الامتياز بناء على قانون

(الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*)

ﻫ **المرحلة الأولى:- الامتياز منحة من الحاكم** : كان الحاكم في هذه المرحلة يدين بمقولة لويس الرابع عشر في فرنسا: " أنا الدولة والدولة أنا *Moi est l'etat et l'etat est Moi* فقد كانت الذمة المالية للدولة مختلطة بالذمة المالية للحاكم وكانت إرادته نافذة لا قيد عليها فهو القاضي والجلاد والجميع يأتمرون بأمره ،ولا يستطيع أحد أن يخالف مشيئته ويعد امتياز قناة السويس أبرز صورة لذلك وفق ما يلي :-

(١)عقدي امتياز قناة السويس(٥٦):

العقد الأول: أبرم في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤ وكان ذلك بداية المتاعب المالية والتدخل الأجنبي (الأوروبي) المخرب في شئون البلاد ، حين منح سعيد باشا " صديقة " مسيو دى ليسبس امتياز حفر قناة السويس.

العقد الثاني : أبرم في ٦ يناير سنة ١٨٥٦ وبمقتضاه تأسست شركة قناة السويس البحرية صاحبة امتياز استغلال مرور السفن في قناة السويس لمدة ٩٩ عاما، وقد تضمن العقد امتيازات حقيقية منحها سعيد باشا لصديقة " مسيو دى ليسبس بأن:" تمنح الحكومة المصرية إلى شركة الامتياز إمكانية استخراج جميع

---

(٥٦) أنظر المرحوم الدكتور محمد حسين هيكل دين مصر العام – المرجع السابق .ص ٢٦(لم يحدث أن طبق نظام السخرة بمثل ذلك ، ولم تحصل مصر على أي فائدة مباشرة أو غير مباشرة وكان مدير كل إقليم فيها يتلقى أمرا بإحضار عدد من العمال يرسلون من كل قرية من الفلاحين البؤساء إلى خليج السويس تحت مراقبة الجند للعمل تحت تهديد المفتشين المسلحين بالكرابيج .وحددت الشركة عدد العمال اللازمين بخمسة وعشرين ألفا دون الحصول على أجر ،والأغذية التي تعطى لهم رديئة للغاية وبسبب سوء التغذية والملابس المهترئة وحر النهار وبرد الليل في الصحراء والإجهاد والبؤس كان العمال يموتون كقطعان الأغنام ، وكان لابد من استقدام فلاحين آخرين ليحلوا محل من أصابهم المرض أو قضى عليهم الموت –انظر دايس ،تاريخ الخديوية ص٣٥ وما بعدها ص٢٨(دين مصر العام).

وانظر في هذا الصدد مقالة المستشار محمود محمد فهمي بمجلة الأهرام الاقتصادي العدد ١٦٢٤ الصادر في ٢١ فبراير ٢٠٠٠ "الحقائق في نظام الـ *B.O.T.* " ((انه قد أنشئت شركة مساهمة عالمية باسم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية وزعت أسهمها ما بين مصر وفرنسا وإنجلترا ودول ومؤسسات أخرى وذلك لشق قناة السويس ثم إدارة القناة بواسطة هذه الشركة لمدة الامتياز وهي ٩٩ سنه وتحت إشراف الحكومة المصرية وطبقا للرسوم التي يتفق عليها في مقابل إتاوة تدفعها الشركة للحكومة وعلى أن تعود ملكية المشروع إلى الحكومة المصرية في حالة صالحة لاستمرار التشغيل وخدمة الملاحة العالمية في نهاية مدة الامتياز وذلك طبقا لثلاث قرارات صدر أولها في ٣٠ نوفمبر١٨٥٤ بشأن الامتياز الخاص بإدارة مرفق المرور بقناة السويس وثانيهما في ٥ مارس١٨٥٦ بتأسيس شركة مساهمة لإدارة المرفق المذكور وثالثهما في ١٩ مارس١٨٦٦ بالتصديق على العقد المبرم بين الخديوي إسماعيل وفريدناند دليسبس"))

المواد اللازمة لأعمال البناء والصيانة من المناجم والمحاجر دون أن تدفع عنها أية رسوم أو ضرائب أو تعويضات ، كما تعفي الشركة من جميع الرسوم الجمركية المفروضة على الآلات أو المواد التي تستقدمها الشركة من الخارج خلال فترة الإنشاء ،أو الاستغلال "

وفي جميع الأحوال يكون أربعة أخماس العمال القائمين بإنشاء القناة من المصريين " وقد طبق نظام سخرة تطبيقا صارما،، وهذه التنازلات سرعان ما ترتب عليها نتائج سيئة - ولا تفسير لذلك إلا كرم سعيد باشا المفرط البالغ حد البله ، وللسلبية الشديدة أيضا من جانب الشعب المصري[٥٧].

وطالما أن السلطة بيد حاكم مطلق ، فمن الطبيعي أن يتمسك بها ، وليس لأحد كبح جماح سلطته أو تحديد دوره سوي الأمة ، فالحقوق لا تعطي إلا لمن يسعى في طلبها ويدافع عنها ، بل ويناضل من أجلها.

ب المرحلة الثانية:-وجوب إصدار قانون بمنح امتياز المرفق العام:انتقلت الدولة في هذه المرحلة نقله نوعيه فأصبحت دولة مؤسسات قوامها سيادة القانون،،،فقد تضمن دستور ١٩٢٣ نصا صريحا في المادة ١٣٧ منه على أن " كل التزام موضوعة استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور ، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود ٠٠ وقد انتهي رأى محكمة القضاء الإداري في تفسير هذه المادة إلى ضرورة إصدار قانون خاص بمنح كل التزام على حده ،،، وليس من حق الإدارة ،ولا في سلطتها أن يُبرم عقدا يختص البرلمان بإبرامه بقانون ، ولو تم تعاقد كهذا فإنه يقع باطلا لمخالفته الدستور لصدوره من جهة غير مختصة فلا يترتب عليه أثر ولا يُكسب حقا٠٠".[٥٨]

---

(٥٧) وفضلاً عن الخسارة الناتجة من إيرادات الجمارك فإن المنح على هذا النحو يفتح الباب أمام التهريب وليس في الإمكان تقديم أرقام عن تلك الإيرادات إذ لم يكن لمصر ميزانية قبل سنة ١٨٨٠، انظر "المرحوم محمد حسين هيكل "دين مصر العام المرجع السابق ص٢٧ وما بعدها.

(٥٨)حكمها الصادر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٦

ة **<u>المرحلة الثالثة :- الامتياز بناء علـــى قـــانون ، وبقــرار مـــن مجلـــس الوزراء(امتياز المرفق العام بنظام الـــ*B.O.T.*)</u>** [٥٩]**: بناء علـــى القـــانون رقـــم ٣ لسنة ١٩٩٧ بمنـــح التزام إنشاء وإدارة واستغلال المطـــارات وأراضـــى الـــنزول ، أصدر مجلس الوزراء القرارات :١،٢،٣ لسنـــة ١٩٩٨م بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة : مطار مرسى علم ، مطار العلمين مطار رأس سدر ، بنظام الـــ*B.O.T.* - وتم في ١٩٩٨/٢/٨ توقيع عقود امتياز مع ثلاث شركات مساهمة مصرية تأسست خصيصاً لهذا الغرض .**[٦٠]

ونلقى الضوء على أحكام عقد الامتياز بنظام الـــ *B.O.T.* في البنود الآتية :

أولا: تعريف عقد امتياز الـــ*B.O.T.* ،،، ثانيا : التميـــيز بيـــن عقـــد امتيـــاز الـــ*B.O.T.* والعقـــود المشـــابهة ،،، ثالثـــا: الجوانـــب الشـــرعية لعقـــد امتيـــاز الـــ *B.O.T.* ،،، رابعا: أهم الآثار المالية والاقتصادية لعقد امتياز الـــ *B.O.T.* خامسا: أهمية إصدار تشريع خاص بنظام امتياز الـــ*B.O.T.* وتطويـــر التشريعـــات العربية في مواجهة التغيرات القانونيـــة المصاحبـــة للعولمـــة ،،، سادســـا: أهميـــة الاستقرار القانوني والأمن التشريعي في عقود امتياز الـــ*B.O.T.*

---

(٥٩) انظر مجلة الأهرام الاقتصادي مقال الباحث رشدي صالح بعنوان (٥٠ مليار جنيه في أربع سنوات طرحتها الحكومـــة لإنشاء مشروعات الـــ*B.O.T.* - لماذا لا يجذب الـــ *B.O.T.* البنوك)العدد ١٦٤٦ في ٢٤ يوليو سنة ٢٠٠٠.

(٦٠) بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٩ نُشرت هذه القـــرارات والعقود وملحقاتها بالوقائع المصرية بالعدد ٢٦٤ تابع ، وتـــابع (أ) ، وتابع (ب) . وتعد هذه الشركات الثلاث أول مشروعات امتياز أقيمت في مصر منذ خمسين عاماً ، ثم أصدر مجلس الوزراء قراره ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كريـــر البخاريـــة لتوليـــد الكهرباء بنظام الـ *B.O.T.* شركة انترجين سيدي كرير لتوليد الكهرباء .

أولا: تعريف عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.*:

إن اصطلاح *B.O.T.* هو : اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية وتعني :-

البناء أو الإنشاء *Build*

التشغيل *Operate*

نقل الملكية *Transfer*

وثمة اصطلاحات مشتقة تشترك مع الكلمة(*B.O.T.*)في كل أو بعض معانيها وهي :

B.O.O.T بمعني الإنشاء، التملك، التشغيل و نقل الملكية

BOO بمعني الإنشاء ، التملك ، التشغيل ، دون الالتزام بنقل الملكية

BOOST بالمعاني السابقة ويضاف إليها شرط الدعم (*Subsidize*)

BLT/ BRT بمعني الإنشاء والتأجير ونقل الملكية (*Lease Or Rent*)

RLO بمعني التــأهــيل(*Rehabilitate*) ، التأجير ، التشغيل

MOT بمعني التحديث (*Modernize*)، التملك/التشغيل (*Own/Operate*)، نقل الملكية .

BOR إنشاء ، تشغيل ، تجديد الامتياز (*Renewal of Concession*)

DBFO تصميم (*Design*)، إنشاء ، تمويل (*Finance*)، تشغيل .

DCMF تصميم ، تشييد(*Construction*)،إدارة (*Management*)، تمويل.

ROO تأهيل ، امتلاك ، تشغيل.

ROT تأهيل ، امتلاك ، نقل

والمصطلح *B.O.T.* يستخدم بصفة عامة للدلالة على الاختصارات السابقة[٦١].

---

[٦١] يقع دليل منظمة اليونيدو عام ١٩٩٥ باللغة الإنجليزيـــة في ٢٩٧*Unido Bot Guidelines* . وللأهميـــة المتزايدة لنظام *BOT* في مجال إنشاء وتطوير البنية الأساسية للبلدان النامية حرصت منظمة الأمـــم المتحـــدة للتنميـــة الصناعية *UNIDO* علي تقديم دليل إرشادي لطريقة إنشاء مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ*BOT* والتفـــاوض بشأنها وتنفيذها وبيان الخطوط الرئيـــية لقيام مشروعات البنية الأساسية بمختلف أنواعها وأشكالها.

تعريف منظمة اليونيدو لعقد الامتياز بنظام B.O.T.(٦٢)

"هو اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق. وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق ، وأية رسوم أخري بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء ، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار . وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة ، أو إلى شخصية خاصة جديدة ، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة " . (٦٣)

"A contractual arrangement whereby a private sector entity undertakes the construction, including design and financing, of a given infrastructure facility and the operation and maintenance there of the private sector entity operates the facility over a fixed term during which it is allowed to charge facility users appropriate fees and other charges not exceeding those proposed in its bid incorporated in the project agreement to enable the private sector entity to recover its investment and operating and maintenance expenses in the project, plus a reasonable return thereon. At the end of the fixed term the private sector intity transfers the facility to the government agency or to a new private entity selected through public bidding".

وهذا التعريف يصلح أيضا للمصطلحات المشتقة ، على أن يتم تعديل الصياغة بالإضافة ،أو بالحذف من خلال المعاني الواردة سلفا.

نشأة نظام الـ B.O.T. :- ذكر بعض الكتاب أن الجذور التاريخية لنظام B.O.T. ترجع إلى الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين ، ويذهب البعض الآخر إلى أن نظام B.O.T. يختلف جوهريا عن الامتياز القديم ، وأنه

---

(٦٢) ويمكن استخدام عقود الـB.O.T. لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص كما في حالة بناء جراج متعدد الطبقات تحت الأرض بنادي هليوبوليس الرياضي -وهذه العقود تخضع للقانون المدني ويسرى في شأنها القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين مادة ١٤٧ مدني.

(٦٣) دليل منظمه اليونيدو المرجع السابق ص ٢٨٨.

أحدثُ كثيراً فقد كان الامتياز القديم يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرفق محل الامتياز مما حدا ببعض الكتاب تسميته " استغلالاً " للمرفق فقد كان دور الحكومة المعنية في إدارته محدوداً للغاية، وواقع الحال أنها لم تكن تمارس أي سلطة علية [٦٤].

وينسب البعض اصطلاح *B.O.T.* . إلى الراحل / تورجوت أوزال رئيس الوزراء التركي ، إذ كان أول من أطلق هذا التعبير في أوائل الثمانينيات ، غداة اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات ، حيث شرح إستراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي بإسناد المشروعات الجديدة في مجال البنية الأساسية إلى القطاع الخاص على أساس نظام *B.O.T.* فضلا عن خصخصة شركات القطاع العام طبقا للبرنامج الانتخابي الذي كان قد تقدم به ونجح على أساسه ، وهكذا صار نظام *B.O.T.* تعبيرا عن النهج الاقتصادي الجديد في تركيا.[٦٥]

وجدير بالذكر أن البنية الأساسية المنخفضة التكاليف أصبحت شرطا لا غني عنه لقيام تنمية اقتصادية ناجحة ، وإنتاج قادر على المنافسة ، في ظل اقتصاد حر يتجه نحو "العولمه " وينبغي على الدول النامية مواجهة المتغيرات الاقتصادية على الصعيد العالمي والمحلي لتوفير خدمات البنية الأساسية (من طرق – ومواصلات – وسكك حديدية – ومحطات كهرباء – ومياه – وصرف صحي – وخدمات صحية – وخدمات تعليمية... إلخ)[٦٦] .

ومع ظهور أزمة الديون والأزمة الاقتصادية في الثمانينيات تقلصت قدرة مصر – شأن بعض دول أخري – على تدبير الأموال اللازمة لإنشاء مشروعات بنية أساسية جديدة ، أو حتى الإبقاء والحفاظ على الخدمات الأساسية القائمة في حالة جيدة ، فقد ظهر في هذه الأثناء عدد من الآليات المبتكرة لتمويل هذه المشروعات تتمثل إحدى هذه الآليات فيما أصبح يعرف الآن في الأدبيات الاقتصادية باسم *B.O.T.*

---

(٦٤) المرجع السابق صـ ٤، دليل منظمة اليونيدو

(٦٥) تقرير المستشار/ محمد سليمان غزال – المقدم لوزير الاقتصاد في ١٩٩٧/١/١٥في شأن المشروعات بنظام الـ*B.O.T.*ص٣ وقد كان الكثير من الدول النامية في العقدين السابقين تقوم بوضع برامج وخطط لإنشاء البنية الأساسية عن طريق شركات مملوكة للدولة ويتم تمويل هذه المشروعات من موارد القطاع العام أو من القروض السياديه .

(٦٦) ولا ريب أن بلدا بلا مرافق كجسم بلا شرايين.

: وهي آلية معقدة ومتشعبة التفصيلات *INTRICATE* ، وتستند إلى فكرة واضحة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع في مشروعات البنية الأساسية وتحسينها عن طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية والتزامات الدولة من الديون الداخلية والخارجية. [٦٧]

والحقيقة أن إنشاء مشروع امتياز الـ *B.O.T.* ، ينطوي على كثير من الأطراف الفاعلة والمشاركة وشبكة من الترتيبات التعاقدية والمالية فضلا عن ضرورة وضع إطار تنظيمي لمشاركة القطاع الخاص في هذا المشروع ، فإذا ما قررت إحدى الحكومات إنشاء جسر (كوبري) على أحد الأنهار لأهميته كمشروع يخدم عملية التنمية الاقتصادية ، حينئذ تطرح الحكومة امتياز إقامة الكوبري ، وتحدد المواقع والأراضي اللازمة لتنفيذه ، ويكون للشركة صاحبة الامتياز حق تحصيل الرسوم *TOLS* على استخدام هذا الكوبري ، كما تتحمل الشركة تكاليف إنشاء الكوبري من أموال حملة الأسهم أو من القروض ، *وليس من حق الجهة المقرضة أن تعود على الحكومة وتطالبها بالسداد* ، بل يقع الضمان على أصول الشركة ومقوماتها بما في ذلك الكوبري والمعدات وحقوق التعاقد المنصوص عليها في الامتياز وأوراق الضمان وأية ضمانات تكون الحكومة قد قدمتها للشركة.

ويعتبر تمويل المشروعات هو حجر الزاوية في استراتيجية *B.O.T.* ، وهذا يعني أن المستثمرين والمقرضين *يركزون أساسا على أصول المشروع وما يدره من عائد للسداد أكثر من تركيزهم على مصادر الضمان الأخرى . مثل الضمانات الحكومية أو أصول الجهة المشاركة في المشروع* [٦٨].

✍ استراتيجية *BOT* للدولة النامية[٦٩]:-

تقوم استراتيجية *BOT* على اتفاقيات ذات طبيعة خاصة لتمويل وبناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ، وقد أصبحت الدول النامية تهتم بهذه الاستراتيجية للأسباب الآتية :-

---

[٦٧] المرجع السابق ص٤ ، ٥.

[٦٨] دليل (*B.O.T. UNIDO G*) المرجع السابق صـ (٣، ٤)

[٧١] تقرير المستشار / محمد سليمان غزال – المرجع السابق صـ٥

- أن التمويل يتم بعيدا عن ميزانية الدولة وعن القروض السيادية بما من شأنه تفادي فرض ضرائب جديدة أو رفع معدلات الضرائب القائمة ، وذلك لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية (انكماش مثلا) .
- تفادي ارتفاع أسعار الفائدة التي تؤدي إلى إحجام القطاع الخاص عن الاستثمار ،،، وتفادي مشكلات ميزان المدفوعات أو الاستنزاف من احتياطي العملات الأجنبية وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة العملة.
- تنفيذ الدولة المشروعات بشكل أكثر كفاءة وأقل تكلفة وفق التطورات والوسائل المتقدمة ، وأيضا توافر المديرين الفنيين والمشرفين والمهندسين المتخصصين والمؤهلين .. إلخ .
- الحصول على أحدث التكنولوجيات الجديدة وإدخالها في القطاع المعني ثم انتشارها إلى القطاعات الأخرى بحكم عدوى المنافسة .
- غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص أصبح قادرا على المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية ، وقد كان القطاع العام في مرحلة النظام الاشتراكي يتولي إقامة المشروعات بأعلى من تكلفتها الحقيقية وبتكنولوجيا متخلفة *ولا يخفي ما ينطوي عليه ذلك من اهدار للمال العام*.

ثانيا:التميز بين عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T* والعقود المشابهة

١) تمييز عقد الامتياز بنظام (الـ*B.O.T.*) عن حق الانتفاع : إن حق الانتفاع طبقا لأحكام المواد (من ٩٨٥إلي ٩٩٥)من القانون المدني هو" حق عيني على شيء مملوك للغير سواء أكان منقولا أم عقارا يخول المنتفع إمكانية الانتفاع بالشيء لمدة محدده مع التزامه بالاحتفاظ بذات الشيء ليرده إلى مالكه الأصلي عند نهاية مدة الانتفاع " ،فالشيء محل الانتفاع مملوك للغير والذي يخول المنتفع الانتفاع بالشيء بنفسه أو يستغله بواسطة شخص آخر حتي انتهاء مدته.

والأمر علي خلاف ذلك في عقد الامتياز الـ *B.O.T.* فالملتزم ينشئ المرفق ويمتلكه ويديره ثم ينقل ملكيته في آخر مدة الالتزام إلى الدولة في حاله صالحه لاستمرار تشغيله .

٢)تمييز عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* عن عقد الأشغال العامة: في عقد الأشغال العامة يقوم المقاول بإنشاء المشروع لصالح الجهة الإدارية المعنية مقابل الثمن المتفق عليه معها طبقا لشروط العقد ، ويسلمها المشروع لكي تديره بمعرفتها كإنشاء المستشفيات والمدارس والطرق العامة والقناطر والسدود واستصلاح الأراضي ومحطات توليد الكهرباء والطاقة والمواني واستخراج البترول والغاز...الخ ففي كل هذه الحالات تنتهي مهمة المقاول بإنشاء المشروعات وتسليمها للجهة الإدارية المتعاقد معها دون أن يكون له الحق في إدارتها.

فعقد الأشغال العامة اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٢٣ديسمبر ١٩٥٦ بأنه:

" ومن حيث أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخصين بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من الأعمال في عقار لحساب الشخص المعنوي العام مقابل ثمن يحدده في العقد <u>فعقد الأشغال العامة لا يقوم المقاول فيه بتقديم أية خدمات للجمهور في مدة معينه كعقد التزام المرفق العام وإنما هو فقط يقوم بإنشاء المشروع أو صيانته أو ترميمه ثم تنتهي مهمته بتنفيذ التزاماته في عقد المقاولة المبرم معه."</u>

<u>بينما الوضع علي خلاف ذلك في عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* حيث ينشئ الملتزم المرفق ويمتلكه ويديره ثم تنتقل ملكيته في آخر مدة الالتزام إلى الدولة في حاله صالحه لاستمرار تشغيله</u>

٣)التمييز بين عقد التزام المرفق العام الـ*B.O.T.* وبين عقد التأجير التمويلى *Contract Financial Leasing* : يعتبر عقد التأجير التمويلى وسيلة من وسائل التمويل العيني بمقتضاه يقوم المؤجر التمويلى بتأجير معدة أو آله أو عقار يحتاجها المستأجر في مشروع إنتاجي أو خدمي لمدة معينة مقابل أجرة محددة يؤديها طوال مدة الإيجار ، وفي نهاية المدة إما أن يختار المستأجر شراء المعدة ،أو الآلة أو العقار بالقيمة المحددة في عقد الإيجار، وإما أن يعيدها إلى المؤجر مرة أخرى – قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ في شأن التأجير التمويلى،،.<u>وبذلك يختلف عقد التأجير التمويلى اختلافا جذريا عن عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*</u>

٤) التمييز بين عقد امتياز الـ *B.O.T.* وعقد الخصخصة: يعتبر عقد الخصخصة عقد بيع إداري تبرمه الإدارة كطرف أول مع آخر من القطاع الخاص كطرف ثان الذي بمقتضاه يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني جزئيا أو كليا ومن آثار هذا العقد اعتبار الطرف الثاني مساهما في رأس المال وشريكا في إدارة المشروع بنسبة ما يملكه أما في حالة نقل الملكية إلى الطرف الثاني كليا فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع بصفة نهائية .

وليس الحال كذلك في عقد امتياز الـ *B.O.T.* إذ ينصب العقد على تسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم ، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة علية من خلال وضع شروط وقواعد تتصل بإنشائه وتشغيله فضلا عن الحق في الرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكيته إليها في نهاية فترة الامتياز .

٥) التمييز بين عقد امتياز الـ *B.O.T.* والعقد المجمع : تنصب عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* على إنشاء المرافق العامة وتشغيلها وإدارتها ، ويجتمع في هذا العقد ـ بحكم طبيعة نشاطه ـ عدة عناصر مستمدة من أكثر من عقد من العقود المسماة، والتي تبرم مع أطراف آخرين ،وترتبط جميعها ارتباطا وثيقا بإنشاء المشروع وتنفيذه وصيانته ،ولا يمكن فصل أي عنصر منها وإلا أدى إلى انتفاء المقصود من عقد الامتياز.

أما العقد المجمع الذي يجتمع فيه أكثر من عقد لكل واحد منها عناصره وآثاره المستقلة مثل : عقد المقيم في الفندق الذي يشمل السكن والطعام والتليفون وغسل الملابس فهذا العقد يتضمن عقود إجارة عين وإجارة أشخاص وبيع حيث يمكن للمقيم بالفندق الحصول عليها كلها أو بعضها دون أن تتأثر بذلك باقي العقود الأخرى .

ثالثا:الجوانب الشرعية لعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* :

تنص المادة (٢) من دستور جمهورية مصر العربية بأن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة هي المصدر الرئيسي للتشريع ومن ثم يصبح التعرف على مشروعية نظام الـ *B.O.T.* أمرا لازما .

ويحدد علماء الأصول أن مقصود الشريعة الإسلامية هو تحقيق المصالح بجلب المنافع ،ودرء المفاسد في الدين والنفس والعقل والمال والنسل – وهو المقصود

على تلخيص دور الدولة كما عبر عنه الماوردي بقولـــة " الإمامة موضوعه لخلافـــه النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا " ، [٧٠] ومن سيـــاسة الدنيا توفير الخدمـــات للناس من خلال إنشاء المرافق والمشروعات العامة مثل الطرق والتعليـــم والصحـــة واستغلال الموارد الطبيعية لصالح الأمة.

والأصل أن تقوم الدولة (الحكومة) بإنشاء وتشغيل المرافق العامـــة ، ومـــع ذلك تعهد إلى الغير للقيام بإنشاء واستغلال وإدارة مرفق عام نظـــير مقـــابل يدفعـــه الملتزم ، يتناسب مع ما يدره المرفق العام من عائد ، وطبقا للقواعد العامة في الفقـــه الإسلامي يحق *لولي الأمر* وضع الأحكام التي تكفـــل تنظيـــم العلاقـــات والمعـــاملات الإدارية في حدود إقرار الحق والعدل والمساواة.[٧١]

ويستند فقهاء الشريعة في الحكم بأن عقد امتياز المرفق العام يتفق وأحكـــام الشريعة الإسلامية <u>من وجهين :</u>

<u>الوجه الأول :</u> ما خلفه السلف الصالح من سوابق في هذا المضمار مثل:-

* موضوع الخراج الذي فرضه عمـــر بن الخطاب على أرض السواد بالعراق ، حيـــث آلت ملكية هذه الأراضي للدولة ، وقرر خليفة المسلمين بعد مشاورة الصحابة إبقـــاء هذه الأراضي في يد حائزيها لاستغلالها، مقابل الخراج الذي يدفعونه إلى بيت المال .

* موضوع الإقطاع المعروف في الفقه والنظم المالية في الدولة الإسلامية وهـــو مـــا يقوم به الإمام من تمليك رقبة أو إقطاع حق انتفاع لمال من الأمـــوال العامـــة لأحـــد الأشخاص والسلطان فيها بالخيار على وجه النظر في الأصلح أن يستغله لبيت المـــال وبين أن يتخيـــر من ذوي المكانة والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخـــــراج (عـــائد) يصرف في وجوه المصالح.

وجاء في إقطاع المعادن الباطنة أنه يبدأ بالإنشاء ثم التشغيل ويقول المـــاوردي :وأما المعادن الباطنة فهي ما كان جوهرها مستكنا فيها ولا يتوصل إليها إلا بـــالعمل

---

[٧٢] الأحكام السلطانية للماوردي – دار الفكر العربي ١٩٨٣ ص ٥ . ويراجع مؤلف أستاذنا الدكتور / ربيع أنور فتـــح الباب في " القانون الإداري القطري والمقارن " المرجع السابق ص٧٩ وما بعدها .

[٧١] انظر أ.د يوسف قاسم مبادئ الفقه الإسلامي دار النهضة العربية ١٩٨٥ ص ٣٨٠ وما بعدها.

كمعادن الذهب والفضة وما أشبهها من معادن باطنة فهي تحتاج إلى سبك وتخليص ويتناول إقطاعها لأحد الأشخاص حق امتياز استخراج تلك المعادن من باطنها.[٧٢]

والحقيقة أن التصرفات موضوع الأمثلة السابقة هي من قبيل العقود المبرمة لإدارة الأموال الداخلة في الدومين الخاص المملوكة للدولة ، وقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على اعتبار ذلك عقودا خاصة لانقطاع صلة هذه العقود بالمرفق العام.[٧٣]

الوجه الثاني: يمكن النظر إلى عقد امتياز المرفق العام على أنه عقد مستحدث ينظم علاقات مستجدة بين الناس ، وهذه العلاقات لا يوجد لها أصل يقاس عليها لأن موضوعها أو محلها لم يكن معهودا لدى قدامى الفقهاء ، وبالتالي يجب أن يتوافر في هذا العقد كافة الضوابط الشرعية العامة في العقود وهي:

(أ) التراضي الوارد في قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "

(ب) الالتزام بشروط المتعاقدين – ما لم تحرم حلالا أو تحل حراما لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا "

(ج) أن يحقق العقد مصلحة مشروعه ومعتبرة لأحد أطرافه .

(د) أن يخلو العقد من الربا والضرر أو الظلم أو أية حيلة تؤدي إلى ذلك[٧٤].

(هـ) أن تكون العناصر المركب منها عقد الامتياز جائزة شرعا كل على حدة.

(و) ألا ينطوي اجتماع هذه العقود معا في اتفاقية واحدة مركبة النهي الوارد في أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي [٧٥]:

- ما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهي عن بيعتين في بيعة .
- ما ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهي عن صفقتين في صفقة .
- ما ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع بشرط .

وقد ورد في شأن ذلك شروح في كتب الفقه الإسلامي ، بأن النهي ليس على مطلق الجمع بين العقود أو تركيبها إنما النهي يخص الجمع أو التركيب الذي يؤدي

---

(٧٢) الأحكام السلطانية للماوردي ، ص ١٦٦ .

(٧٣) أنظر أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٥٥.

(٧٤) أنظر ورقة العمل المقدمة لمؤتمر الـ *B.O.T.* بالقاهرة في يناير ٢٠٠١ د. محمد عبد الحميد عمر

(٧٥) موطأ الإمام مالك ٦٦٣/٢ و مسند الإمام أحمد ١٩٨/١ والفتاوى الكبرى لابن تيميه ١٤٥/٥.

إلى الضرر أو إلى الربا ،،، ويرى الفقهاء أن النهي شرعا ينصرف إلى ما يؤدي إلى عدم تحديد معلومية التزامات طرفي العقد المجمع أو المركب بدقة ، وكذا إذا اجتمع عقد معاوضة مع عقد تبرع وإرفاق مثل البيع والسلف أو القرض لأنه ذريعة إلى الربا أو لتضاد في طبيعتها.(٧٦)

وفي مجال التطبيق العملي في البنوك الإسلامية بأسلوب المشاركة المنتهية بالتمليك يحتوي العقد على عناصر هي:

- عقد مشاركة بين الملتزم (البنك وعميله) لإنشاء مشروع بنظام *B.O.T.* حيث تقدم الحكومة الأرض وتمنح الامتياز والترخيص للملتزم لإدارة وتشغيل مرفق الامتياز ، ويقتسم العائد بنسب يتفق عليها في ضوء أحكام عقد الامتياز المبرم بين الحكومة (طرف أول) وبين الملتزم .
- وأحيانا يتفق الطرفان وفق أسلوب *B.O.T.* على تأجير المرفق إما للجهة الحكومية ، وإما للملتزم مقابل أجر محدد يدفعه المستأجر ، وعلى أن يتم نقل الملكية للدولة في نهاية المدة .

و في الحالتين تعد هذه الاتفاقات ملزمة ومن صلب التعاقد وهي جائزة شرعا ، حسبما أقرته الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية ،وما صدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجوازها شرعا .

والحقيقة أن المشاركات المنتهية بعقد تملك ،وما يرتبط به من اتفاقيات فرعيه ، ينبغي النظر في شأنها إلى العقد الأصلي وتكييف طبيعته ، فإذا ما توافرت فيه الأركان والشروط القانونية اللازمة لاعتباره عقدا اداريا جرى ابرامه مع الحكومة بغرض تنظيم وتسيير واستغلال مرفق عام حينئذ يصدق القول فيه بأنه عقد امتياز بنظام الـ *B.O.T.* وهذا العقد جائز شرعا سواء باعتباره عقدا مستحدثا تتوافر فيه ضوابط العقود الشرعية أو باعتباره عقدا مركبا من عدة عقود وكل عقد منها بمفرده ليس فيه مانع شرعي كما لا يبدو في اجتماعها في عقد واحد .

---

(٧٨)د. نزيه حماد العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة ١٩٩٦ ، ص ١٧ - ٢١ .

حرج شرعا لعدم إفضاء اجتماعها إلى التناقض و تضاد في الصفات والأحكام أو إلى الربا أو الضرر أو غير ذلك من المحظورات الشرعية.(٧٧)

رابعا:الآثار المالية والاقتصادية لعقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.*

إن الاتجاه نحو العولمة في المجالات الاقتصادية بتطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ *B.O.T.* نالت تأييدا ومساندة من قبل البنك الدولي كإستراتيجية لزيادة الكفاءة ، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة من ناحية ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى لما يتمتع به هذا النظام من مزايا أهمها:

١)توفير أساليب تمويلية مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية الضرورية ذات التكاليف المرتفعة نتيجة للتطور التكنولوجي.

٢)تستطيع الدولة توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإستراتيجية.

٣)يسهم الامتياز في نقل مخاطر تنفيذ المشروعات من الدولة إلى القطاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الأجهزة المعنية.

٤)تمكين القوى البشرية من اكتساب الخبرات الفنية العالية من خلال استخدام وسائل التكنولوجيا المتطورة في مشروعات الـ *B.O.T.* .

٥)زيادة فرص التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى الدخل .

٦)تنشيط سوق المال عن طريق التوسع في إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات وهى سبل جديدة للاستثمار .

وقد ترتب على الأخذ بآلية الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* حدوث آثار إيجابية علي البورصة والميزانية العامة للدولة ، ومصادر التمويل من القطاع المصرفي ، وقطاع التأمين، وتشغيل العاملين المصريين كما يلي:

---

(٧٧) وبإنزال هذه المبادئ العامة على عقود الامتياز الصادرة بقرارات مجلس الوزراء أرقام ١، ٢، ٣لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء ثلاث مطارات بنظام الـ*B.O.T.* يتبين ان العقود الثلاثة قد التزمت بتنفيذ ما أمرت به وما نهت عنه قواعد الشريعة الإسلامية ومن ثم تكون متفقة مع أحكامها.

أ) أثر مشروعات الـ *B.O.T.* على البورصة والميزانية العامة للدولة :

من الثابت أن الملتزم يتحمل وحده تكلفة إنشاء مشروع الامتياز – ومصاريف إدارته وصيانته طوال مدة العقد . فيلزم أن يدبر الموارد المالية الكافية للقيام بالتزاماته العقدية ، والمدخل لذلك هو بورصة الأوراق المالية سواء في سوق الإصدار أو سوق التداول ، نتيجة إصدار أسهم الشركات الجديدة التي جري تأسيسها لهذا الغرض سواء أكانت مغلقة أو ذات اكتتاب عام .

أما إذا كان الملتزم شركة قائمة فعلا ومنحت التزام المرفق العام، فهي تستطيع أن تدبر تمويلا ذاتيا لها عن طريق زيادة رأس مالها ، حينئذ سوف ينشط سوق الإصدار والتداول نتيجة إصدار الأسهم الجديدة لزيادة رأس المال بما من شأنه إيجاد بضاعة جديدة في السوق قابلة للتداول في البورصة و جذب رأس المال المصري والعربي والأجنبي للدخول في البورصة المصرية ، كما ينشط سوق الإصدار وسوق التداول إذا ما لجأت الشركة إلى إصدار سندات أو صكوك تمويل ذات عائد مجز سواء أكان ثابتا أو متغيرا [٧٨].

وعلى ذلك فإن استخدام أموال القطاع الخاص في إقامة المشروعات بنظام الـ *B.O.T* يقلل من حاجة الدولة إلى الاقتراض من الأسواق العالمية ويجنبها الضغوط السياسية كما ينقل عبء المخاطرة إلى القطاع الخاص الذي يتحمل وحده تكاليف المشروعات وصيانتها دون تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء .

ب) أثر عقود الـ *B.O.T.* على مصادر التمويل من القطاع المصرفي :

إن تمويل القطاع المصرفي لنظام الـ *B.O.T.* من شأنه أن يؤثر بالسلب على مصادر التمويل المحلى، ما لم تخضع شركات الـ *B.O.T.* لمعايير الجدارة الائتمانية المتبعة طبقا لنسبتي الاحتياطي والسيولة الواجب توافرها لدي البنوك والقواعد

---

(٧٨) بالنسبة لسوق إصدارات الأسهم – تشير الإحصائيات العالمية إلى ارتفاع مذهل في حجم الأموال العابرة للحدود إذ قدر اتحاد البورصات الدولي حجم التداول في سوق إصدارات الأسهم بين اليابان والولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٢ بحوالى ١.٣ تريليون دولار.

وبالنسبة لأسواق الأسهم الناشئة "*Emerging Stock Markets*" فقد لوحظ إستفادة هذه الأسواق في نهضتها من عملية ضخ أكثر من ٥٠ مليار دولار منذ بداية التسعينيات من المصارف والمؤسسات والصناديق الاستثمارية ، انظر مؤلف أ. د. حسين فتحي (التوريق المصرفي للديون) دار أبو المجد للطباعة ١٩٩٩ (ص ١٦).

والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الائتمان و الحدود القصوى لمنح القروض بالنسبة للعميل الواحد على مستوى جميع البنوك - فحينئذ لا خوف علي مصادر التمويل المتاحة من جانب الجهاز المصرفي .

وينبغي النص في عقود امتياز الـ .B.O.T بأن يتم تدبير نسبة معينة من تكلفة التنفيذ عن طريق التمويل الذاتي وتوفير الضمانات المصرفية الكافية لتغطية القروض وفوائدها عند تخلف الشركة أو تعثرها في السداد وبذلك ينتفي أي تأثير سلبي قد يترتب لعقود امتياز الـ .B.O.T على مصادر التمويل المحلية .

وقد كان لتوجيهات البنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية *I.F.C* ومنظمه اليونيدو *UNIDO* اثر فعال في مجال تمويل مشروعات الـ*.B.O.T* عن طريق البنوك بضرورة توافر شروط الائتمان وفق المعايير الآتية :[٧٩]

- **عدم زيادة حجم التمويل لأي مشروع على ٣٠% من القاعدة الرأسمالية للبنك في صورة استثمارات طويلة الأجل**
- **أن التمويل في مشروعات الـ*.B.O.T* يحتاج إلى استعلامات وافيه وضمانات خارجية الأمر الذي لا يتوافر للبنوك صغيرة الحجم فضلا عن ارتفاع التكلفة الاستثمارية مما يجعل هذه البنوك عاجزة عن تقديم التمويل المطلوب.**
- **أن تمويل هذه المشروعات أو إقراضها يتطلب توفير عملات أجنبية لاستيراد مكونات وتحويل فوائض مالية.**

---

(٧٩) مجلة الأهرام الاقتصادي مقال الباحث رشدي صالح عبد الفتاح بعنوان خمسين مليار جنيه في أربع سنوات لماذا لا يجذب الـ *.B.O.T* البنوك العدد ١٦٤٦ الصادر في ٢٤يوليو ٢٠٠٠ . وما زالت البنوك تترددفي منح هذه المشروعات القروض مثلما حدث في مشروع كهرباء بور سعيد وشمال خليج السويس ،بعد رفض البنوك المحلية ما عدا بنكى التجارة الدولي،والعربي المحدود تزويد الهيئة بقرض قدرة ١٥٠مليون دولار وعلل ذلك بعدم وجود موارد دولاريه كافيه لديها وطول مدة القرض(١٧عاما)وعدم إمكانية التاكد من توافر موارد دولاريه مستقبله للشركة علما بأنها وفرت قروضا لشركه(انترجن)التي تنفذ محطة سيدي كرير ويعتبر البنك الأهلي المصري من أول البنوك التي ساهمت في إنشاء شركات متخصصة لهذا الغرض منها:

- شركة محطة حاويات السويس–ساهم فيها بنسبة٥%من قيمة الأسهم البالغة ٥٥ مليون دولار.
- الشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشيد –ساهم في رأسمالها بنسبة ١٠%.
- الشركة المصرية العالمية للتمية العمرانية–ساهم فيها بنسبة ١٥%من رأسمالها.
- الشركة العالمية لمشروعات البنية الأساسية والتشيد ساهم فيها بنسبة ١٠% من رأسمالها

هذا وتوجد عدة خطوات تتبعها البنوك المصرية لتمويل المشروعات بنظام الـ.B.O.T بمراعاة القواعد التي تحكم الاستثمار و الإقراض ويختلف الأمر في حالة المساهمة في شركه المشروع أو منح ائتمان مصرفي لمشروع قائم فبالنسبة للمساهمة في إنشاء شركة وفق هذا النظام فإن البنك يقوم بتحديد نسبة مساهمة البنك في رأسمالها وفق السياسة الموضوعة حسب نوع النشاط وحجمه و العائد المتوقع منة و المدة واعتبارات تتعلق بالمؤسسين وغيرها بما لا يتجاوز الضوابط القانونية ، علي أن يتولي البنك أعمال وكيل المؤسسين وتلقى الاكتتابات حتى إتمام إنشاء شركة امتياز الـ .B.O.T مع استمرار البنك في الإشراف و المتابعة[٨٠] .

وعلى ذلك اذا ما أحسن اختيار الشركات التي تسند اليها مشروعات الـ B.O.T. وفق ضمانات وشروط واضحة فلا شك في المردود الإيجابي على البورصة والميزانية العامة والقطاع المصرفي بصفة خاصة والاقتصاد القومي بصفة عامة .

وفي الحقيقة أنه يجب التعامل مع هذه المشروعات بفكر جيد وضوابط وفق اعتبارات العائد المتوقع ، والضمانات الحكومية المقدمة لها ، والوسائل القانونية التي تكفل مواجهة حالات عدم السداد ، وذلك من خلال دراسة القدرة على استرداد حق البنك عن طريق حوالة الحق من حصيلة: الرسوم وبوالص التأمين والتأمين الشامل والإضافي على المشروع ضد الأخطار المحتملة.

ج) أثر التأمين على المخاطر في مشروعات الـ .B.O.T في مجال التأمين:

من المتعارف عليه أن المستثمر يتخذ قراره باختيار أية دولة لاستثمار أمواله فيها من خلال تحليل و تقييم عدة عناصر أهمها في المقام الأول: توافر مناخ ملائم للحصول على عائد مجز يفوق القدر الذي يتحقق في الفرص البديلة ، وتوافر حماية قانونية و ضمان ضد المخاطر التي تنتج من الإجراءات السياسية والاقتصادية والأمنية كالتأميم و المصادرة والكوارث الطبيعية والحرب و العصيان و التمرد والتلوث وذلك على سبيل المثال لا الحصر .

---

(٨٠) يلاحظ في هذا الخصوص أنه:"عند زيادة بنك لرأس ماله لغرض أو لآخر أو حين يحتاج لسيولة نقدية يكون لديه إما: أن يطرح أسهما لزيادة رأس ماله أو يلجأ للإقتراض من بنك آخر أو طرح سندات مديونية للإكتتاب العام وهو ما يعد قرضا جماعيا مقابل فائدة."وفى الحالة الأخيرة يمنح البنك الدائنين حق إمتياز أو إختصاص أو رهن على بعض ممتلكاته وفى كل الأحوال يعول الدائنون بالدرجة الأولى في شأن الوفاء بديونهم على البنك.انظر أ.د. حسين فتحى المرجع السابق.

والحقيقة أنه بالرغم من أهمية المظلة القانونيـــة ضـــد المخـــاطر المكفولـــة لمشروعات الـــB.O.T. بموجب التشريعات المحليـــة والاتفاقيـــات الدوليـــة وعقـــود الامتياز ، إلا أن توفير ضمان تأمين خاص لدى شركات و مؤسسات التـــأمين يمثـــل العامل الحاسم ، و السبيل الآمن لصالح المستثمر لتوجيه أمواله فـــي الدولـــة التـــي تتحقق فيها هذه الميزة .

من أجل ذلك كفل المشرع المصري الغطاء التأميني بموجب قـــانون الإشـــراف والرقابة على التأمين رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٩١ لســـنة ١٩٩٥- ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الاقتصاد و التعاون الدولي رقـــم ٣٦٢ لسنة ١٩٩٦ حيث تقضى المادة الأولى منه – بند ثانيا: (تأمينات الممتلكات و المســـؤليات) بأن التأمين في مجال تطبيق القانون يشمل تأمينـــات حيـــاة الأشخاص و الممتلكـــات والمسؤليات ضد أخطار الحريق و أخطار النقل البرى و الجوي و التأمين على أجسام الطائرات و آلاتها و مهماتها و التأمين ضد أخطار الحوادث المتنوعة و المســـئوليات المتعلقة بكل ذلك .[٨١]

ومن هنا برز الإقدام نحو تطوير أساليب التأمين في المؤسســـات و الشـــركات القطرية والدولية للقيام بأعمال التأمين على الأموال و الممتلكـــات المســـتثمرة فـــي مشروعات الـــ B.O.T. و صرف المقابل المادي لدى حدوث أي من المخاطر المتفـــق عليها في وثيقة التأمين .

و قد تم لهذا الغرض إنشاء مؤسسات إقليمية لضمان الاستثمار هي : [٨٢]

١-المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

٢-الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .

٣-المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات .

وقد لعبت هذه المؤسسات دورا كبيرا في تشجيع الاســـتثمار وفـــق أســـلوب " البناء ، والتشغيل ، و نقل الملكية " تجلى في القيام بمهام الترتيب لتجميـــع التمويـــل اللازم للمشروع في مجالات:

---

(٨١) يمكن تعديل القرار الوزاري حتى يشمل الغطاء التأميني مختلف المخاطر المشار إليها أو غيرها عند الاقتضاء .

(٨٢) انظر ورقة د. عبد الرحمن طه " دور التأمين و الضمـــان في دعـــم و تشـــجيع الاستثمار و فـــق أســـلـــوب الـــ B.O.T. "مؤتمر البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T. المنعقد في القاهرة بتاريخ ٢٧-٢٨ يناير ٢٠٠١ .

❖ تمويل مشروع الطاقة المصري " سيدي كرير".

❖ ضمان قروض تمويل مشروع المتحدة للطاقة في الخليج.

❖ تأمين مساهمات المستثمرين ضد التأميم والمصادرة وأية إجراءات مماثلة.

❖ تأمين حقوق المساهمين وأرباحهم ضد القيود على صرف العملة المحلية بعملة أجنبية و تحويلها خارج البلد المضيف للاستثمار .

❖ تأمين منشآت المشروع ضد الحروب و الاضطرابات المدنية و كل أعمال العنف العسكرية أو السياسية.

❖ تأمين حق المستثمرين ضد إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها التعاقدية.

وحقيقة الأمر أنه يترتب على قيام شركة التأمين بصرف قيمة الوثيقة بأن تحل محل الملتزم في الحصول على حقه استنادا إلى حكم المادة ٣٢٩ مدني و قضاء محكمة النقض بأن " القاعدة الأساسية في الوفاء مع الحلول في ظل القانون المدني مادة٣٢٩ ــ أن الموفي يحل محل الدائن في حقه ذاته بما له من خصائص بغض النظر عن طبيعة علاقة الموفي بمن اتفق معه على الحلول ، و يعتبر من توابع الحق الفوائد فتنتقل إلى الموفي بسعرها المعين .[٨٣]

وبطبيعة الحال يكون من صالح الجهة المانحة أن يختار الملتزم و سيله التأمين ضد المخاطر المشار إليها ، على أن يكون منصوصا على ذلك في عقد الامتياز ، ويتعين على شركة التأمين الحصول على وكالة خاصة تثبت نزول الملتزم عن حقه في التعويض المنصوص عليه في العقد وتفويضها تمثيل الملتزم في التقاضي أمام المحكمة أو جهة التحكيم المختصة بالتطبيق لحكم المادة ٧٠٢ من القانون المدني و حكم النقض في الطعن رقم ١٨٧٤ س٥٠ ق : بأنه إذا كان الاتفاق بين الوكيل والغير منطويا على تصرف قانوني هو النزول عن حق للموكل أو الإقرار بحق قبله للغير فإنه يجب عندئذ أن يكون لدى الوكيل وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويضه بإجراء التصرف المذكور " [٨٤] ،،، ويتحقق ذلك كله بموجب اتفاق يبرم

---

(٨٣) الطعن رقم ٤٤٧ س ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١.

(٨٤) أنظر مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض إعداد المستشار محمود نبيل البناوى– المجلد الثاني ١٩٨٩ ص٢٢٤،ص١٢٧٨–الطعن رقم ١٨٧٤ س٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٣

بين أطراف الرابطة العقدية وهم الملتزم وشركة التأمين و الجهة المانحة لحسم ما قد ينشأ من خلاف بينهم في هذا الخصوص .

ومما لاشك فيه أن توفير ضمان الاستثمار ضد الأخطار ينعكس أثره الإيجابي في تنشيط سوق المال والمستثمرين في مجال التأمين ، وإتاحة الفرصة لتشغيل الأيدي العاملة واكتساب الخبرات ، ويؤمن البلاد لمواجهة مثل ما أظهرته التجربة في الأزمة المالية الأسيوية من مخاطر ، مع ضمان حقوق المستثمرين في ظل التغيرات السياسية الطارئة وغير المتوقعة ، فمن أمن على ماله أمن على غده.

د) أثر عقود امتياز الـ *B.O.T.* في تشغيل العاملين المصريين :

إن الشركات العاملة بنظام الـ *B.O.T.* الذي يجري تأسيسها وفقا لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧تتمتع بمزايا وحوافز وضمانات واعفائها من الالتزام بأحكام بعض القوانين القائمة ومن بينها قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

غير أنه فيما يتعلق بعدد و أجور العاملين المشتغلين بهذه الشركات – مهما كانت نسبة مشاركة الأجانب في أسهمها – فإن هذه الشركات تلتزم بتنفيذ أحكام المواد أرقام ١٧٤ و ١٧٥ و ١٧٦ من قانون الشركات التي تقضي بوجوب : ألا يقل عدد المصريين المشتغلين بهذه الشركات عن ٩٠% من مجموع العاملين بها، وألا يقل ما يتقاضونه من أجور عن ٨٠ % من مجموع أجور العاملين بها – وألا يقل عدد العاملين الفنيين و الإداريين المصريين عن ٧٥% من مجموع العاملين ، و ألا يقل مجموع ما يتقاضونه من أجور و مرتبات عن٧٠% من مجموع الأجور والمرتبات للفئات المذكورة من العاملين بها.

و قد استهدف المشرع بذلك تأمين تشغيل الأيدي العاملة المصرية في شركات امتياز الـ *B.O.T.* للتخفيف من حدة البطالة ، و إتاحة الفرصة أمام العاملين المصريين لاكتساب خبرات متقدمة ، وخلق كوادر في مختلف مجالات أنشطة تلك الشركات ، للنهوض بأعباء ومسئوليات العمل بها عند انتهاء مدة الامتياز و انتقال ملكيتها إلى الدولة مستقبلا .

خامسا : أهمية إصدار تشريع خاص بنظام امتياز الـ *B.O.T.* وتطوير التشريعات العربية في مواجهة التغيرات القانونية المصاحبة للعولمة : (٨٥)

ظهرت فكرة العولمة في العقود الأخيرة من القرن العشرين علي مرتكزات أهمها : الثورة التكنولوجية العالية و النمو الهائل في حجم وكفاءة الشركات العالمية ،والتي اتجهت لفتح أسواق خارجية عن طريق الانتقال للعمل والإنتاج في دول أخرى بعد أن ضاقت بها أسواقها الوطنية، وتبعا لذلك ظهرت عدة تكتلات واحتكارات ضخمة(٨٦) حولت العالم إلي سوق اقتصادية وتجارية ومالية واحدة ، وتم ذلك ويتم بشكل تدريجي وبنحو متسارع علي أثر انهيار النظام الاشتراكي ، واتجاه الدول نحو الأخذ بآليات الاقتصاد الحر . وباتت وحدة السوق العالمية مطلبا تحقق في ظل ثوره وسائل النقل وشبكات الاتصال الحديثة فأصبح العالم كله قرية كبيرة*Global Village"* (٨٧) تقوم الشركات متعددة الجنسيات بتوزيع عملها إنتاجا وتجارة علي أكثر من دولة في أكثر من قارة.

وبات أمرا طبيعيا أن تجد شركة تطرح أسهمها في عدة بورصات عالمية ومقرها الرئيسي في إحدى الدول الكبرى بينما نشاطها يغطي قارات العالم الست، وتم ذلك في إطار قانوني ومؤسسي دولي يتمثل في منظمة التجارة العالمية وما يدعمها

---

(٨٥)ولمزيد من التفصيل في آثار العولمة على التنظيم الإقليمي العادى أنظر رسالة الدكتوراه بعنوان "مفهوم العالمية في التنظيم الدولي المعاصر " الدكتور جاسم محمد ذكريا -عين شمس عام ٢٠٠١ ص ٤٣٢ وما بعدها ويقول "إن التاريخ حافل بأفكار ولدت باطلة لا يجمعها بالصحة والأصالة أيما نسب.لكنها تقنعت بقناع الأصالة لتدخل التاريخ كلص يدخل منزلا بمفتاح مزيف ويرى أن الحكم على الأفكار ينبغي أن ينهض على مرجعية ذاتية لها ركائزها الثابتة التي توفر إمكانية الحكم على المتغيرات من خلالها ، وبحسبان ما تقدم فإن فصل الخطاب في قضية الأفكار يحكمه قوله سبحانه وتعالى:(كذلك يضرب الله الحق والباطل فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض كذلك يضرب الله الأمثال * للذين استجابوا لربهم الحسنى والذين لم يستجيبوا له لو أن لهم ما في الأرض جميعا ومثله معه لافتدوا به أولئك لهم سوء الحساب ومأواهم جهنم وبئس المهاد)١٦-١٨ :الرعد" .

(٨٦)أنظر مقال دكتور إسماعيل صبري عبد الله "أبرز معالم الجدة في نهاية القرن العشرين مجلة عالم الفكر المجلد ٢٦ العددان الثالث والرابع ١٩٩٨ ص٤٥٤ ويقول" تستقطب هذه الاحتكارات الكفاءات المتميزة وتقوم بتداولهم عبر فروعها متبعة سياسة *"Head hunting"* اصطياد الرؤوس النابغة في شتى ميادين العلوم .ثم تتولى الإنفاق عليهم وربطهم بها منذ مراحل الدراسة الجامعة حتى إذا ما آن أوان عطائهم أخذتهم تلك الاحتكارات جنودا في كتائبها "

(٨٧)ومعناها القرية الكونية أنظر ر لدكتور جاسم محمد ذكريا المرجع السابق ص٣٨ ؛

من اتفاقات لتحرير التجارة الدولية وحركة انتقال الأفراد ورؤوس الأموال حتى أن العولمة بأدواتها ومرتكزاتها أصبحت وكأنها ثمرة تطور طبيعي في تاريخ البشرية.

والحقيقة أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب ، وإنما يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته ، وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال عن طريق وضع نظم الحماية للحفاظ على حقوق المستثمرين وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي في الدولة من قواعد مسانده لحسن ادارة تنظيماته ومؤسساته .

وفي هذا المضمار بات ولا مناص من تحديد إطار قانوني متكامل لعقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* يجعل من هذه الآلية خيارا استراتيجيا بوضع قواعد قانونية شاملة تستهدف تحقيق توازن في العلاقة بين طرفي عقد الامتياز – دون إفراط أو تفريط – ويحملنا علي تبني هذا النظر ندرة النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد حيث تحكمه بالدرجة الأولي بنود العقد المبرم بين طرفيه، ومن ثم تكون الحاجة ماسة إلي تشريع شامل يحكم هذا النظام الذي امتدت مشروعاته في مجالات البنية الأساسية، ويأخذ سبيله قدما في مختلف الأنشطة الاقتصادية و التنموية .

وإن صدور قانون موحد من شأنه أن يتيح للمستثمرين الوقوف علي الأوضاع القانونية لدي تقديم عروضهم في المنافسات المطروحة حيث يكون متاحا لديهم سلفا معرفة القوانين الحاكمة واطمئنانهم يقينا إلي استثمار أموالهم في ضمان وأمان .

هذا ويلتقي مع رأينا في المسار رأي ثان يتسع نطاقه في المطالبة بتطوير التشريعات العربية لمواجهة آثار العولمة فيقول : [٨٨] وهم يطلقون مصطلح*Mondialisation* باللغة الفرنسية (وبالإنجليزية *Globalization*) على العولمة " وليس مصطلح *Internationaisation* [٨٩] الذي يقابله بالإنجليزية *Internationalism* وتستهدف العولمة خلق سوق عالمية واحدة لا تحكمها فيه

---

[٨٨] ولمزيد من التفصيل أنظر مقال الدكتور فاروق محمد الاباصيرى المنشور بصحيفة الأهرام القاهرية بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠٠١ بعنوان "تطوير التشريعات العربية في مواجهة العولمة".

[٨٩] هذا المصطلح و ما يقابله بالإنجليزية "معناه"سياسة التعاون بين الدول وبخاصة في الحقلين السياسي والاقتصادي"- أنظر : المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي تأليف الأستاذ يوسف شلاله منشأة المعارف بالاسكندرية المورد ٢٠٠٠ للأستاذ منير البعلبكي بيروت وأنظر بحث السيد ياسين "في" مفهوم العولمة " في ندوة العرب والعولمة تحرير د. أسامه أمين الخولى مركز دراسات الوحدة العربية الطبعة الثانية بيروت ١٩٩٨ ص٣٩،٤٠.

سوى قانون المنافسة، وهي في سبيل ذلك تحمل بين طياتها إيجاد مفـــاهيم قانونيـــة جديدة ، تعتمد علي ركائز قانونيـــة أهمـــها :

١)إيجاد مصادر قانونية منافسة لسلطة الدولة في مجال التقنين : ويتـــم ذلــك عــن طريق ظهور أشخاص جديدة لديها المكنة لوضع قواعد قانونية تنظـم نشاطاتها بعيداً عن الدولة من خلال القوي الاحتكارية للشركات متعددة الجنسيات انطلاقاً من مبدأ أن القوي لا يتبع الضعيف.

٢)إيجاد القوانين العابرة للحدود : حيث ظهرت القوانين الاقتصادية العـــابرة للحـــدود لمراقبة المنتجات الإستراتيجية ،فتمنع وصولها إلي الـــدول التـــي يضعـــها الراعـــي الرسمي للعولمة في القائمة السوداء.(٩٠)

٣)عجز المبادئ القانونية التقليدية في مواجهة الغزو المعلومـــاتى : ذلـــك أن مبـــدأ سيادة الدولة ينطوي علي حق قبول أو رفض ما قد يوجه إليها من خارج إقليمـــها ، ولكن الدولة في ظل العولمة لم تعد قادرة علي رفض ما يُبثُ لها من الخارج ، ومـــن هنا وُجِدَ في الفقه الغربي من يبشر بفكرة الدولة بغير حدود .

ويضـــيف الرأي الثـــاني بأنه علي البلاد العربية أن تتخذ الوســـائل المتاحـــة لديها لمواجهة التحولات القانونية للعولمة باتباع الآليات الآتية :

(أ) تفعيل القوانين والاتفاقيات العربية القائمة: فقد أصبح وضع اتفـــاقيتي " الســـوق العربية المشتركة" و"محكمة العدل العربية"موضع التنفيذ أمراً لا مفر منه مـــن أجـــل الاستفادة بالإمكانات العربية الإستراتيجية في هذا المجال.

(ب) أهمية تشريعات حماية المستهلك: بمنح جمعيات حمايـــة المســـتهلك الضمانـــات القانونية لممارسة دورها في الحماية، وبما يكفل حمايته في مواجهة العولمة .

(ج)تطوير القوانين العربية في مجال الملكية الفكريـــة و الذهنيـــة: وذلـــك بمراجعـــة التشريعات في هذا المجال لمواجهة التغييرات القانونية المصاحبة للعولمة .

وهنا نلقي الضوء علي القواعد العامة للسياسة الاقتصادية في مصر والمحـــاور التي ترتكز عليها الدولة لمواجهة آثار العولمة فيما يلي : (٩١)

---

(٩٠) في هذا المقام نري " أن العولمة شعار يتبناه الكافة لكونهم شركاء في صيانة عالمهم وفي تقدمه و الارتقـــاء بـــه . فـــإن تحولت العولمة إلي أداة يُستهدف من ورائها تتويج دولة واحدة تحكم العالم . فهذا خطر لن يسكت علية أحد "

(٩١) "القواعد والمبادئ الرئيسية للسياسة الاقتصادية في مصر" تقرير برنامج وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية ٢٠٠٠

* البعد الاجتماعي : ينصرف هذا البعد إلي رعاية فئات المجتمع الأقل قدره من منظور إدراك الدولة بأن التنمية مفهوم متكامل يرتبط فيه البعد الاقتصادي بالبعدين الاجتماعي والسياسي .

* تدعيم قدرة الدولة علي تحقيق النمو المرتفع والمتواصل : من خلال دور الدولة في تحقيق فعالية وكفاءة اقتصاديات السوق وضبط موازين الاقتصاد بمنع الاحتكار ومساندة مؤسسات وحماية المستهلك وفقاً لقواعدٍ قانونية فعالة.

* تقوية دور المؤسسات : أكد السيد الرئيس في بيانه بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الجديدة نوفمبر ١٩٩٩ "أننا نواجه عالماً جديداً تحكمه كيانات وتكتلات كبري ومؤسسات اقتصادية ومالية ضخمة إقليمية ودولية وضعت لنفسها قواعد وآليات جديدة للتعامل تحتاج في المقابل إلي مؤسسات وطنية قوية لها هي الأخرى قواعدها المعروفة وأساليبها الواضحة التي تمكنها من التعامل مع هذه المؤسسات والتنافس معها من موقفٍ متعادل ومتكافئ يلبي المصالح المشتركة والوطنية".

* تأكيد شراكه المجتمع ومؤسساته في صنع القرار الاقتصادي بإشراك المستثمرين والمؤسسات المعنية والخبراء و المتخصصين و قادة الرأي في مناقشة مشروعات القوانين ، في مناخ من الشفافية في المعلومات وصولا إلي صنع القرار الاقتصادي .

* تعزيز دور القطاع الخاص المتوازن لتحقيق النمو الاقتصادي :وفق ما أعلنه السيد الرئيس في خطابه في بور سعيد بتاريخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٩م بأن مساعدة القطاع الخاص وتشجيعه تأتي في ظل دولة قويه بسلطة القانون ودور المؤسسات في الإشراف و الرقابة، وفق أسس ومعايير جديدة يُنَاطُ تنفيذها إلي :البنك المركزي و هيئة سوق المال، وهيئة الاستثمار، ومصلحة الشركات والمؤسسات الأخرى المماثلة التي تتابع وتراقب النشاط الاقتصادي.

* تدعيم الانفتاح علي دول العالم : وفق ما أكده السيد الرئيس في خطابه في ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٩م حيث قال إن " نقطة البداية الصحيحة في هذا البرنامج هي أننا لا نملك ترف العزلة عن هذا التطور الضخم الذي يفرض نفسه علي مسيرة التقدم الإنساني، ولأننا لا نقبل تهميش مصالحنا، ولا نقبل إهدار فرص المستقبل المصري خصوصاً أننا نملك ميزات عديدة تؤهلنا لأن نكون جزءاً من هذا التقدم وتعزيز قدرتنا

علي التعامل مع الواقع العالمي الجديد بفاعلية وكفاءة بحيث نحقق أقصى قدر من الاستفادة من جوانبه الإيجابية والحد من النواحي السلبية فيه " .

والحقيقة أن هذه المحاور تؤكد أن الحاجة الماسة إلى إصدار قانون شامل يحكم عقد الامتياز بنظام الـB.O.T. الذي بات دوره -حسب التوقعات المرئية- يتعاظم في الحال والمآل.

سادساً:أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشريعي في عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. :

يعتبر الاستقرار القانوني والأمن التشريعي من أهم شروط ومقومات النشاط الاقتصادي . إذ حين تتحدد المراكز القانونية للأفراد و المشروعات بصورة واضحة وتحظى بالاحترام من جانب السلطة العامة و المجتمع . فإن الأعمال تتم في سهولة ويسر ،،،، وبقدر ما يشوب هذه الأمور من غموض أو خلط أو عدم يقين بقدر ما ترتبك الأعمال بل وقد تتوقف تماماً ، فالنشاط الاقتصادي يتطلب أن تكون الحقوق علي الموارد المتاحة واضحة ومحدده ومعترف بها وآمنة من صدور تشريعات أو إجراءات غير متوقعة.

ويقصد بالأمن التشريعي ألا يتعرض العقد لهزات ومفاجآت غير متوقعة سواء بإنهاء أو تعديل عقد الامتياز بموجب تشريعات أو إجراءات تنفيذية . ولهذا توجد أنماط متباينة لصياغات مفهوم ومقتضيات الأمن التشريعي [٩٢] منها ما يتضمنه القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون وضمانات حوافز الاستثمار.

ويُثار في هذا الصدد مسألة ذات أهمية كبيرة مفادها أن أي حكم تشريعي يجوز نقضه بتشريع لاحق مادام لا يخالف نصا دستورياً مما يولّد جانبا من التوقع لدى المستثمر وينطوي على طلب حماية هذا التوقع في المستقبل وليس في ذلك ثمة اعتداء على سيادة الدولة ، بل هو مجرد طلب يحمل في طياته أن للمستثمر حقٌ في التعويض عما قد يصدر من تشريعات وإجراءات مستقبلية بشأن عقد الامتياز.[٩٣]

وعندما نتحدث عن الأمن التشريعي والاستقرار القانوني المصاحب للنشاط الاقتصادي في هذه الآونة. فذلك يعني أن تكون المراكز القانونية الناجمة عن ذلك

---

[٩٢] أنظر مؤلف د. احمد عشوش " النظام القانوني لعقد القرض الدولي (دراسة مقارنة) " ١٩٩٠ ص ٨٧ وما بعدها .

[٩٣] أنظر في هذا المعنى مؤلف أ.د. إبراهيم شحاتة " معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر" عام ١٩٧٢ص ٨٤-٨٥

واضحة وفعّالة ،وغير مُعرضة لأساليب الهزات والمفاجـآت المؤثـرة فـي النشـاط الاستثماري مستقبلا . فلم يعد المستثمر الأجنبي ينظر بعين الرضا إلى الدول الناميـة، فقد كانت القرارات المفاجئة كالتأميم والمصادرة في مختلف البلدان سبباً لذلـك [٩٤] ، كما أن الدول النامية هي الأخرى تخشى من تدخل الدول الأجنبية فـي إدارة شـئونها الداخلية وتفرض عليها شروطا اقتصادية أو سياسية .[٩٥]

والحقيقة أن الاستقرار القانوني والأمن التشريعي لا يعنـي الجمـود وعـدم تعديل القوانين فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطور ومتغيرات العصر و تحولاته يعـد مظهراً من مظاهر عدم الاستقرار . بما يخلفه ذلك من أوضاع شاذة بين قانون غـير مطبق وواقع جديد .

<u>من أجل ذلك يصير صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق ضرورة حتمية فالنشاط الاقتصادي بطبيعته ممتد في الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه. و كذلك عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. ذو أجل ممتد لعدة عقود زمنية وحاجته إلي الاستقرار القانوني والأمن التشريعي ماسة في الحال والمآل.</u>

---

[٩٤] انظر

Thomas Parker Moon «Imperialism & world politics » p. 37 - 40, Macmillan, New York 1967.

[٩٥] انظر :

Oswaldo de Rivero B. « New Economic Order & International Development Law » p. 104 et seq.; Oxford 1980.

المطلب الثاني

" تطور مفهوم الأحكام العامة

لعقد الامتياز في مصر "

تقديم :

بدأ في مصر تطور بارز ثابت الخطى في مجال العقود الإدارية وازدان هذا التطور بتحرير المنازعات الإدارية من عقال القضاء العادي ومن قبضة القانون المدني منذ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة المصري مقتديا بالنظام الفرنسي إلى حد كبير ،،، وبمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ صار المجلس صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية،فبلغت الأحكام الصادرة عن قضائه حدا كبيرا في العقود الإدارية وقدرا محدودا في عقود الامتياز.[٩٦]

ولكن ذلك لا يحول في نظرنا دون خضوع هذا النوع من العقود للقدر المشترك من المبادئ والأصول العامة مع سائر العقود الإدارية الأخرى ـ ذلك القدر الذي يحكم جميع العقود لمجرد كونها عقودا .[٩٧]

وإنه وإن كان القانون الإداري قد تخلف به الركب حينا من الزمن ، إلا أن التطور جعله الآن يشب إلى مراتب الكمال بما يشبه الطفرة ، وأصبح محط الأنظار للتعاون القائم بين المشرع والفقه والقضاء في نطاق إرساء قواعد القانون الإداري وتحريره من الصيغة المدنية التي تغلب عليه [٩٨] وما يزال مجلس الدولة يصدر قضاءه محمولا على مبادئ وأحكام عامة ، وبهذه المثابة يبقى القانون الإداري

---

(٩٦) كان الفصل في منازعات الالتزام وسائر العقود الإدارية مشتركا بين القضاء الإداري والقضاء العادي ولا يخفي ما في هذا الاشتراك من معايب اقلها التعارض في تأصيل المبادئ القانونية ثم أصبح القضاء الإداري وحده هو الجهة المختصة باعتبار أن تلك الروابط هي من مجالات القانون الإداري أو القانون العام انظر مؤلف المستشار د.محمد ماهر أبو العينين " إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري " ١٩٩٥ دار الطباعة الحديثة القاهرة .

(٩٧) يضم المشرع مع القوانين التي يصدرها مذكرات إيضاحية لتوضيح الغاية منها وتفصيل مراميها وجمهور المشتغلين بالقانون الإداري " حديث النشأة " في أشد حاجة إلى ما يقوم مقام تلك المذكرات وهي المبادئ والقواعد والأحكام العامة التي يحتقها القضاء الإداري لندرة التشريعات الصادرة في شأنه.

(٩٨) في هذا السياق تشمل كلمة "القضاء" " القضاء الواقف" الذي ينير للقضاء الجالس حقيقة الواقع ، وصحيح كلمة القانون العليا. فالرواد الكبار والأسوة الحسنة من رجال الفقه والقضاء أولئك الذين عظموا بأدائهم وأثروا بفكرهم محراب العدالة وبما خلفوه من تراث يشهد لهم ونحن بعون الله وعلى آثارهم نسير داعين الله العلى القدير أن يجزيهم عنا أحسن الجزاء ومقالي م.فاروق سيف النصر ص ٨ وأ. د.أحمد فتحي سرور مجلة أخبار المحاماه فبراير ٢٠٠٢.

متطوراً ثابت الخطي مما ينعكس أثره على عقد الامتياز ذي الطبيعـــة التراكميـــة ،،، ونستعرض- مصداقا لذلك - تطور الأحكام القضائية والتشريعية الصادرة بشأن عقـــد الامتياز في مصر فيما يلي:

الفرع الأول

" تطور الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر "

الفرع الثاني

" تطور أحكام حقوق السلطة المانحة
والملتزم في مصر "

الفرع الثالث

" تطور نظام التحكيم في منازعات
عقد الامتياز في مصر "

الفرع الأول
" تطور الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر "

إن عقد الامتياز في مصر من أهم العقود التي ثار بشأنها خلاف في الـــرأي ، فقد أعلنت المحاكم القضائية عن مبدأ وجود عقود إدارية متميزة عن عقود القـــانون الخاص لصلتها الوثيقة بالمرافق العامة ، ومن أوضح الأمثلة حكم محكمـــة القـــاهرة المختلطة الصادر في ٢ أبريل سنة ١٩١٧ الذي جاء فيه :"أن الامتياز عقد من عقـــود القانون العام *"Constitue un contrat de droit puplic"* ، وطبقت المحكمـــة فـــي الدعوى القواعد الواردة في القانون المدني تأسيسا على أن القاضي مهمتـــه تطبيـــق القانون لا خلق القانون .

هذا وسبق أن رفضت المحاكم القضائية أهلية ومختلطة بأن يســتفيد المتعـــاقد مع الإدارة من نظرية الظروف الطارئة استنادا إلى النصوص المدنية ، فقـــد حـــالت المحكمة بين الإدارة وإجراء تعديل شروط العقد بإرادتـــها المنفـــردة إعمـــالا للقـــوة الملزمة للعقد باعتبـــاره شريعة المتعاقدين ، وأعلنت محكمة الاستئناف المختلطـــــة هذا المبدأ في١٣يونيو لسنة١٨٩٤ بمناسبة محاولة الحكومة نقل سلخانة من مكانـــها في وسط المدينة إلى مكان أخر رغم إرادة الملتزم حيـــث تقـــول : [٩٩] " كمـــا تولـــد الاتفاقات بإرادة الطرفين فإنها لا يمكن أن تعدل خلال المدة المقررة لنفاذها إلا برضاء الطرفين ومن ثم يكون الحكم الابتدائي قد أصاب إذ رفض طلب الإدارة".

كما أصدرت محكمة الاستئناف المختلط حكما فـــي ٣١ مـــارس ســـنة ١٩٢٤ أنكرت بمقتضاه على شركة مياه الإسكندرية حقها في طلـــب زيـــادة المقـــابل الـــذي

---

[٩٩] (مجموعـــة التشريع والقضاء المختلط للسنة السادسة ص ٣٤٥) . ومع ذلك فقد خولت المحكمة الإدارة الحـــق في نقل السلخانة إلى المكان الجديد باعتبارها سلطة بوليس لا طرفا في عقد إداري (راجع رسالة الدكتور لـــروت بـــدوي بالفرنـــــية عن أعمال الأمير طبعة ١٩٥٥ ص ٢٣ وص ٥٢).و إعمالا لذات المبدأ استقرت الأحكام علـــى منـــع الإدارة من تغيير الرسوم التي تتقاضها شركات الامتياز من المنتفعين أنظر حكم محكمة القاهرة المختلطة في ٢ مارس ســـنة ١٨٩٦ الذي أيدته محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ٣ يلي ١٨٩٦ – (مجموعة التشـــريع والقضـــاء المختلط السنة ٨ ص ٣١٣) ولمزيد من التفاصيل يراجع مؤلف أستاذنا د / ربيع أنور فتح الباب و د/علي عبد العـــال في " القانون الدستوري المصري " المرجع السابق ص٢٠٥ وما بعدها ، ومؤلف د/ محمد فـــؤاد مـــهنا " القـــانون الإداري المصري والمقارن " مطبعة دار النشر والثقافة ١٩٥٢ ص٥٠ وما بعدها .

تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعا كبيرا ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودي مع الإدارة ، وليس للقضاء أن يعتدي على حق الإدارة في هذا الخصوص . لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل في شروطها .(١٠٠)

وقضت محكمة الإسكندرية المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩٢٦ أن القانون المصري يجهل "نظرية الظروف الطارئة" وأن هذه المبادئ تسرى على العقود والامتيازات التي تبرمها الإدارة دون شك غير أن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود ،والعمل على احترام الاتفاقات التي تعقد بحرية ، ولم تخرج المحاكم الأهلية على هذا المسلك، ويبدو ذلك واضحا من استعراض هذا الموضوع المشهور:

وحاصل الوقائع أن أحد الأفراد تعاقد مع الإدارة على توريد كمية من الشعير كان الشعير حينذاك مسعرا ، ولما بدأ المتعهد في تنفيذ العقد ألغت الحكومة التسعيرة مما ترتب علية ارتفاع سعر الشعير ارتفاعا ضخما فتوقف عن التوريد مما اضطرت معه الإدارة إلى شراء الكمية بسعر مرتفع ثم رفعت دعوى مطالبه بفرق الثمن فدفع المتعهد بالظروف الطارئة باعتبارها من النظريات المطبقة في مجال العقود الإدارية ولكن محكمة أول درجة رفضت الدفع بقولها" إنه من المتفق علية أن ارتفاع السعر أو تكبد المتعهد خسائر لم تكن في حسبانه لا تخليه من الالتزام بالوفاء إذ أن ذلك لا يعتبر من الحوادث القهرية التي تعفيه من المسئولية". (١٠١)

وأمام محكمة الاستئناف أ لغى الحكم الابتدائي وقررت المحكمة إبراء ذمة المتعهد استنادا إلى انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن ليتوقعها المتعاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقا للمدين ولكن محكمة النقض ألغت الحكم لأنه : " أخطأ في تأويل القانون بتقريره المساواة بين الظرف الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم، وبين الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ، وتقريره الأخذ في كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وإبراء ذمة المدين،،، وأضافت المحكمة أنه:ومن حيث أنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة

---

(١٠٠)(مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٣٦ ص ٢٨١).

(١٠١) محكمة الإسكندرية الأهلية الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ١٩٢٧ حكم رقم ١١٦ ص ٢٢٣)

تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعه ".[102]

والحقيقة أن حكم النقض يبرز الفارق الجوهري بين القضاء العادي التطبيقي، والقضاء الإداري ذي الطبيعة البريتوريه [103] إذ يجب على القاضي أن يصدر حكما فيما يعرض عليه من نزاع ، ولما لم يكن أمامه نص تشريعي فطية إيجاد النص الذي يطبقه ،،، وقد استطاع القاضي الإداري تحت ستار التفسير *أولا* والحاجة العملية *ثانيا* أن يدخل في عالم القانون قواعد هي في حقيقتها من صنعه لذا أطلق على القانون الإداري بأنه قانون قضائي .[104]

وبالرغم من إخضاع العقود الإدارية حينذاك للمبادئ المدنية بصفة عامة ، فإن بعض الأحكام القضائية قد أبرزت الصفات الخاصة بالعقود الإدارية وعلاقتها بالمرفق العام ومنها الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ " أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدي للمنازعات المتولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية، والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري ذلك القانون الذي يوجد حتما في كل دولة متحضرة " .[105]

ولكن هذا الاتجاه ظل نظريا فلم يتمخض عن نظام قانوني واضح المعالم للعقود الإدارية يميزها عن عقود القانون المدني حتى صدر تنظيم عقود الامتياز بمقتضى

---

[102] حكم النقض الصادر في ١٤ يناير لسنة (المجموعة الرسمية سنة ١٩٣٢ حكم رقم ١١٠ ص ٢١٠) ١٩٣٢.

[103] "*Pretorioe*" مصطلح من اصل لاتيني يعنى الحكم الشرعي وجاء منه اصطلاح *Droit Protorial* ومعناها فقه الحكم الشرعي- انظر معجم المنهل ص٩٧٠.

[104] وجدير بالذكر في هذا الصدد أن الفكر القانوني في مجال الاجتهاد والتفسير قد تطور حاليا إلى أبعد مدى ، وتجسد ذلك في العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا بإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلا لتقرير قواعد عمليه يقتضيها عدل الله ورحمته . مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية . إذ هي غير منغلقة على نفسها، ولا تضفي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شؤونها، وطالما أن الاجتهاد والتفسير حق لأهل الاجتهاد. فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولى الأمر ينظر في كل مسألة مستعينا بمن يفقهون دينهم،،، ويجوز له أن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله – مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها . ولمزيد من التفاصيل انظر المحكمة الدستورية العليا في الأحكام أرقام ٧لسنة ٨ ق ،٣٥لسنة ٩ق ،١٨لسنة ١٤ق ،٨٢لسنة ١٧ قضائية دستوريه .

[105] (مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٥ ص ١١٤)

القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ، ثم تطورت أحكام الاختصاص القضائي لعقد الامتياز بإنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ حيث جرى تحديد هذا العقد ضمن المسائل الداخلة في اختصاص المجلس على سبيل الحصر بينما احتفظت المحاكم القضائية - أهلية ومختلطة باختصاصها كاملا في مجال العقود الإدارية ، وإن كان قسم الرأي بمجلس الدولة قد احتفظ بحق الفتوى فيما يعن للإدارة بطبيعة الحال من أمور تتعلق بمنازعات العقود الإدارية.

وظل الحال هكذا حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي قضى باختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية ، وقضي القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بأن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد أخر " وقد ورد النص رقما ولفظا في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة وفي القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بحيث شمل اختصاص محاكم مجلس الدولة كافة منازعات العقود الإدارية وبالتالي توحدت القواعد الموضوعية التي تحكم المنازعات المتعلقة بها.

وفى هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري بأن العقد المحرر بين المدعى ومصلحة مصايد الأسماك بتخويله حق استغلال بعض مناطق الصيد هو في حقيقته عقد التزام موضوعة استغلال موارد الثروة الطبيعية ، مما ينظمه نص المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة ، ولا حجة فيما تدعيه الحكومة من أن عقود الالتزام المنصوص عليها في هذه المادة مقصورة على عقود التزام المرافق العامة إذ أن عبارة المادة وردت بصورة عامة ومطلقة دون تحديد نوع معين دون الآخر ولا تخصيص بلا مخصص ومن ثم يكون الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى في غير محله متعينا رفضه .(١٠٦)

---

(١٠٦). د. الطماوى في العقود ص ٣٥ ،٣٨ ،وأ.د. محمد سعيد في العقود الإدارية ص ١٠٣ ، ١٠٤ وأ. د. فؤاد العطار في القانون الإداري سنة ١٩٧٦ ص ٥٨١ وأ.د. مصطفي أبو زيد :أن العبرة هي بطبيعة المنازعة ذاتها لا بشخص رافع الدعوى والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل مما يجعل القضاء الإداري مختصا بعقد الكفالة التابع لعقد إداري ص ٢٦٨ منشأة المعارف وأ.د. ماجد راغب في القضاء الإداري ١٩٨٧ ص٢٢٩ "أن اختصاص القضاء الإداري اختصاص مطلق وشامل لأصل المنازعة وما يتفرع عنهاوأ.حسين درويش في قانون مجلس الدولة الموحد ص٢٤ أن القضاء الإداري يختص

الفرع الثاني
" تطور أحكام حقوق السلطة المانحة والملتزم في مصر"

١)حق السلطة العامة في تعديل نظام المرفق و تعديل قوائم الأسعار : " إذا كانت المادة الخامسة من قانون التزامات المرافق العامة قد نصت على وجوب مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل في حالة قيام السلطة العامة بتعديل نظام المرفق العام موضوع الالتزام أو تعديل قوائم الأسعار، وإذ كانت المادة السادسة من هذا القانون قد نصت على جواز تعديل قوائم الأسعار أو تعديل نظام المرفق ذاته إذا طرأت بعد التعاقد ظروف أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي عما كان متوقعا وقت المنح ، فان المقصود بهاتين المادتين هو الحالات التي يصل فيها الضرر بالملتزم إلى حد حرمانه من القدر المعقول من الربح الذي كان متوقعا وقت التعاقد ، أما إذا اقتصر الضرر على حرمانه من أرباحه الزائدة عن هذا القدر فلا يكون له أي حق قبل السلطة العامة.(١٠٧)

٢)حق الملتزم في المطالبة بتعديل عقد الالتزام : " لا يمكن للملتزم المطالبة بتعديل عقود التزام المرافق العامة إلا لأسباب تواضع علماء الفقه الإداري على إباحة التعديل في نطاقها . إذا ما تعرضت لاختلال مالي نتيجة مواجهة مخاطر اقتصادية أو إدارية وذلك في نطاق تطبيق نظرية الظروف غير المتوقعة ونظرية عمل الحاكم. وارتفاع أسعار الوقود لم يكن قطعا من عمل الحاكم ، وإذ وضحت هذه الحقائق فمن ثم يتعين البحث فيما إذا كان شرائط تطبيق نظرية الظروف الطارئة متوافرة ، أو منتفية ، ولا مراء في أن هذه النظرية إنما تهدف إلى إشراك السلطة مانحة الالتزام في بعض آثار المخاطر الاقتصادية التي أنزلت بالملتزم خسارة وذلك بتوافر شروط ثلاثة : أن تجد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة تخرج عن حدود المألوف ، وأن تكون هذه الظروف غير متوقعة ، و أن تؤدى هذه الظروف إلى إنزال خسارة واضحة بالمتعاقد مع الإدارة وإن لم تجعل تنفيذ التزامه مستحيلا وقد ثبت أن

عنازعات العقود الإدارية سواء أكانت مستعجلة أو طلبات إلغاء أو منازعات حقوقية تدخل في ولاية القضاء الكامل ، والأستاذ إبراهيم المنجى في " التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة "١٩٩٦ منشأة المعارف ص١٧٦.

(١٠٧)محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ٣٤٣ -٥ق (١٩٥٣/٦/١٦) .

الشرطين الثاني والثالث متخلفان في الدعوى وحسب المحكمة أن تدلل على ذلك بما أقرته الشركة ذاتها من أن ارتفاع الأسعار كان ملحوظا عند اتفاق سنة ١٩٤٦ وما سلمت به من أن شروط تطبيق هذه النظرية غير متوافرة .[(١٠٨)]

٣)<u>حقوق السلطة مانحة الالتزام والمركز القانوني للملتزم :</u>" تضمن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصوصا خاصة بالحد الأقصى لمدة الالتزام (المادة الأولى) ، وحق السلطة مانحة الالتزام في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية (المادة الثانية) ، وتحديد حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام وطرق استخدام ما زاد على ذلك من صافي الأرباح (المادة الثالثة) ، وحق السلطة مانحة الالتزام في تعديل أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاص به ، وذلك متى اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل ، مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل (المادة الخامسة) ، وما يترتب على الظروف الطارئة - إذا أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي عما كان مقدار وقت منح الالتزام - من جواز تعديل قوائم الأسعار أو تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من الاستمرار في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول (المادة السادسة) وحق السلطة مانحة الالتزام في مراقبة إنشاء المرفق العام ومراقبة إدارة الملتزم المالية وما لمانح الالتزام في هذا السبيل من حق في أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات وأن يفحص حساباته في أي وقت.

وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها في مجموعها ليست إلا ترديدا للمبادئ العامة للقانون الإداري في شأن التزامات المرافق العامة ،وهي أن الدولة وهي المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاونا لها ونائبا عنها في أي أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة ، أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام . لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام . بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ،وهي في سبيل

[(١٠٨)](محكمة القضاء الإداري – الدعوى رقم ١٣٩٨ – ٥ق (١٩٥٣/٦/٢) .

القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة التدخل. فتفرض على الملتزم عبئا جديدا يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله ، وهي في ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه السلطة متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدي ، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات .

الفرع الثالث
" تطور نظام التحكيم
في منازعات عقد الامتياز في مصر "

١)التحكيم ونطاقه : [١٠٩] يعرف التحكيم بأنه أسلوب جديد للفصل فيما يثور أو يحتمل أن يثور من منازعات عقديه ، حيث يقوم الأطراف باختيار المحكمين من أفراد عاديين يسمونهم إن شاءوا ويحددون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد القانونية التي يخضع لها ، في ظل نصوص تشريعية تجيز التحكيم وتحرك نطاقه وقواعده وقوة إلزامه - مثل الحال فيما قضى به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ذلك من حيث : عدم جواز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ،- وبعدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وكذلك بيان كيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن عليها ــ والتحكيم بهذا المعنى يعد بديلا لنظام التقاضي أمام المحاكم . فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين يترتب عليه انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار هيئة التحكيم في هذه المنازعة .

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن " التحكيم هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة مجردا من التحايل،وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه .بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية [١١٠].

وقضت محكمة النقض بأن "حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يمحص إرادتهما واتفاقهما بتفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه

---

[١٠٩] يراجع في شأن ذلك وفي تعريف التحكيم بحث الدكتور / جابر جاد نصار بعنوان " التحكيم في العقود الإدارية " دراسة مقارنة ١٩٩٧ دار النهضة العربية .

[١١٠] الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ - الطعون رقم ٣٦٩ لسنة٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٢ ورقم ٩٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٤،ورقم ٩٦٥لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ ورقم ٥٧٣لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٣ .ولمزيد من التفاصيل أنظر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية –دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص٢٤٩ وما بعدها .

فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم ،وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، يجوز تفويض غيرهما في إجراء الصلح أو الحكم في النزاع.(١١١)

(٢)مبررات التحكيم : ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية ،وكان للمتغيرات الاقتصادية العالمية أثرها في اتساع نطاق الأخذ بهذا النظام حيث شمل التحكيم العقود التجارية وعقود التنمية الاقتصادية سواء أكانت مدنية أم إدارية للأسباب الآتية :

(أ)يتميز التحكيم ببساطة إجراءاته وسرعتها في مواجهة البطء الشديد لإجراءات التقاضي فالتحكيم على خلاف القضاء مرتبط بمدة يتعين الفصل في النزاع خلالها وإلا انتفت ولاية المحكم ، ويسرى القانون الذي يتفق عليه الأطراف أو يحدده المحكم على كافة إجراءات التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها .(١١٢)

(ب)تتسم إجراءات التحكيم بالطابع السري بناء على رغبة أطراف المنازعة على خلاف التقاضي أمام المحاكم الذي تسود العلانية كل إجراءاته .

(ج)يعطى التحكيم لأطراف العلاقة قدرا من الحرية في تحديد المحكمين من ذوى الخبرة ، أما قضاة المحاكم فيجرى تعيينهم سلفا من سلطات الدولة(١١٣)

وقد ورد بتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية بمجلس الشعب بخصوص مشروع قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ " أنه وقد جاء مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي مواكبا للجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار متمشيا مع سياسة الإصلاح الاقتصادي الذي قطعت فيه الدولة شوطا كبيرا لجذب رؤوس الأموال المستثمرة .لا سيما بعد أن تبين لها أن القوانين التي وضعت في مجال الاستثمار لا تكفي وحدها لتحقيق هدف زيادة الاستثمارات من ذلك القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار،والقرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات.

---

(١١١)أحكام النقض في الطعون رقم ٣٦٩ لسنة٢٢ قضائية جلسة١٩٥٦/٤/٢ و رقم ٩٠٨لسنة ٤٩ق جلسة١٩٨٦/١٢/٣ ولمزيد من التفاصيل أنظر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية ص٢٤٩.

(١١٢) انظر أ.د. إبراهيم احمد التحكيم الدولي الخاص الناشر دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص١٤٢.سنة١٩٩٧.

(١١٣) أ. د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٣٣ وما بعدها .

ذلك أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبيل إلى سرعة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية ثم أنه يعطى الطمأنينة والثقة للمستثمرين ويتسق مع القواعد الدولية السارية ، كما يستهدف التغلب على بطء إجراءات الفصل في الدعاوى .مع ملاحظة أن قواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود،ومن ثم لا تفي بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي لما لها من طبيعة خاصة " .(١١٤)

ويرى البعض (١١٥) أن ارتباط التحكيم بالاستثمارات الأجنبية يثير جوانب متعددة ومتعارضة في أغلب الأحيان فبالنسبة للمستثمر الأجنبي بوصفه طرفا أجنبيا لا يكون على دراية كافية بالقانون المحلى كما أنه يخشى التدخلات السياسية للدولة محل الاستثمار حين تسعى إلى حل المشكلات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي بطريقة سياسية مثل استخدام التأميم أو غيره وما تتخذه من الوسائل التي لا يستطيع المستثمر لها دفعا ، فضلا عن ذلك فالقاضي الوطني يميل نفسيا في أغلب الأحوال للاعتبارات الوطنية وهو شعور إنساني يؤخذ في الاعتبار دائما .

وبالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار- فان ترددها في قبول التحكيم يفسر دائما باعتبارات السيادة ،وهي مسألة ذات حساسية مفرطة عبر تاريخ مرير للاستعمار لسنوات طوال في دول العالم الثالث،وما لازمه من نهب لثرواتها الطبيعية وتقرير امتيازات للجاليات الأجنبية فيها .

وإن التوفيق بين هذه الاعتبارات ليس بالأمر اليسير لا سيما في عقود استغلال الموارد الطبيعية أو التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق العامة الأساسية في الدولة خاصة وأن التحكيم يضع الخصومة غالبا في يد هيئة تحكيم أجنبية وحكمها نهائي لا يقبل الطعن وأسباب دعوى البطلان محددة على سبيل الحصر(١١٦)

---

(١١٦) النشرة التشريعية عن شهر مايو ١٩٩٤ ص ٤٩٩ ، ٥٠٠.

(١١٧) الدكتور / جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ٢٨ ، ٢٩.

(١١٦)تراجع المادة٥٢ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ونصها فقره أولى " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المرافعات المدنية والتجارية -فقرة ثانية "جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في الأحوال المشار إليها في المادة ٥٣ من القانون فيما يلي :

(أ)إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للأبطال أو يسقط بانتهاء المدة =

٣)صور التحكيم : (١١٧)

أ) شرط التحكيم *Clause Compromissoire*(١١٨): يرد شرط التحكيم بصورة عامة إما في نصوص العقد مصدر الرابطة القانونية أو في وثيقة مستقلة بتسوية كل نزاع ينشأ بين طرفي العقد عن طريق التحكيم وبتحديد الجهة التي تتولاه والقانون الواجب التطبيق سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية.

وفيما يتعلق بأثر بطلان العقد على شرط التحكيم - يفترض المنطق القانوني بأنه في حالة بطلان العقد لأي سبب فان هذا البطلان يشمل شرط التحكيم باعتباره جزءا منه ، إلا أن الرأي الراجح ينادى باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فلا يبطل ببطلانه، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي في القانون رقم ٢٧ لسنة

=(ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته

(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته .

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع .

(هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين .

(و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الأعلى الأجزاء الأخيرة وحدها .

(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا اثر في الحكم .هذا وطبقا لما قررته الفقرة الثانية من المادة ٥٣ تقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

(١١٧) د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٣٨ وما بعدها .

(١١٨)أبرمت إحدى الشركات عقدا مع شركة أخرى تضمن شرط التحكيم في المنازعات التي تثار بشأن تنفيذ هذا العقد ،وأثناء نظر هيئة التحكيم للنزاع. طلبت الشركة المدعية رد هيئة التحكيم على سند من أنها مالت بإجراءاتها عن حيادها .إلا أن هيئة التحكيم رفضت طلب الرد تأسيسا على انتفاء أسبابه .فطعنت المدعية بعدم دستورية البند الأول من المادة ١٩ من قانون التحكيم لأنها تخول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها . فقضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٤لسنة ١٩ ق بعدم دستورية البند الأول من المادة ١٩ من قانون التحكيم وأسست قضاءها على أن مؤدى حكم العبارة المحكوم بعدم دستوريتها أنها أناطت الفصل في خصومة رد المحكم للمحكم نفسه ،وطالما أنه لم يتنح وظل متمسكا بنظر النزاع الأصلي .بذلك يكون النص المطعون عليه قد خول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينصب على حيادها .الأمر الذي يتنافي مع قيم العدل ومبادئه ،وينتهك ضمانه الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين بينما هي مكفولة لغيرهم ،وبذلك يكون النص المطعون عليه قد خالف أحكام المواد ٦٩،٦٧،٦٥،٤٠ من الدستور.

١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية حيث نصت المادة ٢٣ من القانون على أن " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"وطبقا لهذا النص فان استقلال شرط التحكيم على هذا النحو وعدم تأثره ببطلان العقد أو إنهائه إنما يرتبط بصحة شرط التحكيم في ذاته .[١١٩]

ب) مشارطه التحكيم *Compromis*: وهي اتفاقيات تتعلق بنزاع قائم فعلا يحيط أطرافه بكل جوانبه ، على عكس شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع محتمل لم تحدد ملامحه -وبصفة عامة فان شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا في العمل ، ويفسر ذلك بأن الاتفاق عليه قبل وقوع النزاع يكون اكثر سهولة من الاتفاق على المشارطة بعد وقوع النزاع ،وقد أخذ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بصورتي التحكيم (الشرط والمشارطة) حيث نصت المادة العاشرة من القانون على أن :

فقرة أولى: " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ."

فقرة ثانية: " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

ويجوز عملا بحكم المادة ٣٠ من القانون أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا ، ويحدد بالاتفاق موضوع النزاع وبيان الدعوى المقامة في شأنه.

---

[١٢١] وهذا يعد ميزه هامة تمثل إحدى الضمانات التي أرساها المشرع لتشجيع وجذب الاستثمارات في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مصر .

(٤) تطور فكرة التحكيم في مجال العقود الإدارية: [١٢٠]من المبررات التي قيلت من القضاء الإداري بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية ما يلي :

أ)أن التحكيم في مجال العقود الإدارية لا يكفل لها طابعها المميز وخصائصها الذاتية عن العقود المدنية ، ذلك أن جهة الإدارة تتمتع في مجال تنفيذ العقد الإداري بسلطات واسعة تستهدف المصلحة العامة والنفع العام.

ب)أن من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة ويتعلق بثرواتها الطبيعية مثل عقود الامتياز والتي تمتد في كثير من الأحيان إلي سنين طويلة وترتب أعباء على كاهل الأجيال القادمة.

ج)أن التحكيم هو تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة في مجال تصفية المنازعات الناشئة عن الروابط العقدية.

ولما كان مبدأ سلطان الإرادة يجد نطاق تطبيقه في عقود الأفراد ، فان التعبير عن الإرادة لدى إبرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون لذلك فإن قرار اللجوء إلي التحكيم في العقود الإدارية ينبغي أن يحاط بالعديد من التحفظات والضوابط ، لهذا واجهت فكرة التحكيم مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية.

المرحلة الثانية : صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

المرحلة الثالثة : صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

المرحلة الأولى :"سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية"

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية الصادر عام١٩٦٨ بين طيات نصوصه انتصارا لرأى دون أخر في مسألة التحكيم في العقود الإدارية فالمادة ٥٠١ من القانون نصت على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ من عقد معين.

وظاهر النص يجيز التحكيم في جميع العقود بحسبانه أطلق عبارة "جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين" يستوي في ذلك أن يكون عقدا مدنيا أم

---

[١٢٠] أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٤١ وما بعدها .

إداريا وفي التطبيق العملي كانت الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لا سيما في عقود الأشغال العامة والاستغلال ، وعند حدوث نزاع تلجأ الإدارة للقضاء زاعمة أن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية وهو موقف يبعث على الحيرة والدهشة.

✍ فالحيرة: تتمثل في موقف الدولة أو الأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد، وكان عليها أن ترفض هذا الشرط ،ويبقى للطرف الآخر حرية قبول التعاقد دون شرط التحكيم أو عدم إبرام العقد.

✍ أما الدهشة : فتبدو في تقاعس المشرع عن اتخاذ موقف حاسم بالنسبة للتحكيم في العقود الإدارية . (١٢١)

وقد كان فتح الباب أمام الأشخاص المعنوية العامة للتحلل من شرط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع طرف أجنبي قولا منها بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها، ويجلب أوخم الأضرار بفرص الاستثمار ومستقبل مشروعات التنمية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الدولة ما دامت قد اتفقت على التحكيم *فإنه لا يجوز لها التنصل من هذا الاتفاق بإرادتها المنفردة مهما كانت وجاهة وقوة الحجج والأسانيد القانونية والواقعية التي تستند إليها*.لأن هذا المسلك يتناقض مع مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية ويتنافى في الوقت ذاته مع القاعدة الشرعية التي تقرر أن *" من سعى في نقد ما تم من جهته فسعيه مردود عليه "* .(١٢٢)

المرحلة الثانية : "صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ٩٤"

صدر القانون رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ونص على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها

(١٢١) أستاذنا الدكتور / محمد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٤٤ وما بعدها .

(١٢٢)د. احمد حسان الغندور " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات "١٩٩٨ص٢٩٢ دار النهضة العربية

النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر ،أو كان تحكيما دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

وقد ثار جدل فقهي في مصر حول مشكلة التحكيم في العقود الإدارية :

١)موقف الفقه المصري : ذهب جمهور الفقه المصري إلى أن هذا القانون شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه حسبما أكدته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بسريان أحكامه على كل تحكيم تجارى دولي يجرى في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص .

وذهب الرأي الآخر- إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية ، ويصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التي وردت في المادة الأولى من هذا القانون ، فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة ،و خارقة للشريعة العامة ، وهي قواعد القانون الإداري التي هي في معظمها قضائية من خلق القضاء الإداري ،ويصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه.

٢)موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة :

عرض موضوع التحكيم في العقود الإدارية على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بجلستها في١٨ديسمبر١٩٩٦ ، فقالت " وإن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي ، أما اللجوء في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة ، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام .وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها ،وإدارتها وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ،ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل شرعي وإذا كان القضاء مستقرا في الأنزعة الخاصة وبين أشخاص القانون الخاص على أنه لا يصح اتفاق التحكيم من وصي على قاصر إلا أن يكون مأذونا له بذلك من محكمة الأحوال الشخصية، ولا يصح من وكيل إلا أن يكون مأذونا له بإجراء اتفاق التحكيم .ولا يصح إلا ممن يملك التصرف بذاته أو بقوامه عليه .إذا

كان ذلك كذلك فلا يصح إجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقا على ذلك بعمل تشريعي " .

وقد خلصت الجمعية العمومية في هذه الجزئية إلى مدى التباين والتناقض بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية ،وبين اتفاق التحكيم وذلك من حيث صلاحية أية جهة عامة في عقد اتفاق التحكيم ،و مدى ما تتسع له ولايتها في إبرامه و في ذلك تقول "... والحاصل أن التحكيم كما تشير المادة الرابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هو اتفاق بين طرفي نزاع "بإرادتهما الحرة "والأصل حرية الإرادة في العقود المدنية ،ولكن الأصل هو تقييد الإرادة في مسائل القانون العام ، و الإرادة تستكمل حريتها بتوفير شرائط كمالها وإرادة الجهة العامة إنما تجرى كلها تفويضا وفق مسوغ تشريعي مجيز ،ولابد من توافره لأعمال الولايات العامة .

وخلاصة القول في هذا المقام أن المشكلة تتعلق أساسا بأهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية والتي لا تتوافر لها إلا بموجب تشريع يجيز لها ذلك وفي نطاق ما تحدده نصوصه من أوضاع وشروط وأحكام منظمه إذ أن مطلق الاباحه في القانون الإداري ليست مقرره لأي هيئه عامه أو وحده إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام .. وانتهت الجمعية العمومية إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية .[١٢٣]

المرحلة الثالثة :" مرحلة صدور القانون رقم ٩ لسنة ٩٧."

صدرت القوانين الآتية :

- *القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧* بتعديل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإضافة فقرة نصها: "و بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك " .

---

[١٢٣] الدكتور / جابر جاد نصار ،المرجع السابق ،ص ٨٩–ولمزيد من إيضاح في هذا الصدد أنظر الأستاذ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر –في العقود الإدارية المرجع السابق ص٢٦٥ وما بعدها .

وبهذا التعديل أنهي المشرع الخلاف الذي كان ثائرا أمام مجلس الدولة بشقية القضائي والإفتائي .كما أنه يتفق والعديد من التشريعات في الدول المختلفة ،ويتفق مع الاتفاقات الدولية التي تجيز التحكيم في عقود الإدارة وأخصها اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨وإتفاقية جنيف سنة١٩٦١ واتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ [١٢٤] وقد يتضمن هذا التعديل جانبين : [١٢٥]

الجانب الأول : يؤكد مبدأ جواز التحكيم .

الجانب الثاني : يحدد السلطة المختصة بالإذن في التحكيم.

وكان ذلك استجابة لفتوى الجمعية العمومية التي جاء بها " وإن شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضا بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية ابرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مال غيره والأصل - عند عدم النص - عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله ، وأنه وان كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته وصيا ومحكما فانه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية هنا وذلك بعمل يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن لها في أية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام .

ويرى البعض [١٢٦] أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد يكون كافيا بالنسبة لبعض العقود الإدارية، ولكنه ليس كذلك بالنسبة لعقود استغلال موارد الثروة الطبيعية ،و عقود الامتياز، والتي ينبغي لإدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء . فذلك أدعى للحيطة وضبطا لممارسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية،،، والحقيقة أن شرط موافقة مجلس الوزراء على التحكيم في عقود الامتياز قد تحقق بالفعل في عقود امتياز الـ*B.O.T.*

---

[١٢٤] أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر العقود الإدارية المرجع السابق ص٢٦٩.

[١٢٥] أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٥٢ وما بعدها .

[١٢٦] الدكتور / جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ .

- القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات : أكد هذا القانون مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية وبضرورة موافقة الوزير المختص على التحكيم حيث نصت المادة ٤٢ منه على انه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقديه".
- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الصادر بمنح التزام إنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول : تضمن هذا القانون قواعد التحكيم في عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T*.

<u>وتمثل التشريعات السابقة نهاية المطاف في تطور نظام التحكيم في شأن عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.*</u>

وإعمالا لذلك جاءت قرارات مجلس الوزراء أرقام ١، ٢، ٣ لسنة ١٩٩٨ متضمنة ما يلي :

أ)قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨ القاضي بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ*B.O.T.* لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات (شركة مساهمة مصرية) وفقا لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه وعقد الالتزام المرفق لجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد . (العقد الأول)

ب)قرار مجلس الوزراء رقم (٢) لسنة ١٩٩٨ القاضي بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستقلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـ *B.O.T.* لشركة كاتو للاستثمار (شركه مساهمة مصريه) وفقا لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد . (العقد الثاني)

ج)قرار مجلس الوزراء رقم (٣)لسنة ١٩٩٨ القاضي بمنح التزام إنشاء واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـ*B.O.T.* لشركه دلتا جلف (شركه مساهمة مصريه) وفقًا لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد .(العقد الثالث)

ونص في هذه القرارات على الأحكام المتعلقة بنظام التحكيم في عقود امتياز الـ*B.O.T.* والتي تعتبر بداية التطبيق العملي لتسويه المنازعات فيها حسب محتوى النصوص الآتية :

أولا : القانون الواجب التطبيق :

المادة (١/٢) في العقود الثلاثة تنص على أن :

" يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية " .

ثانيا : تسوية المنازعات:

<u>العقد الأول</u> : المادة "١٣" تنص على أنه :-

" إذا نشأ خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق <u>*التفاوض بينهما*</u> ، فإذا لم يصلا إلى تسويه للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على <u>*إحالة الخلاف*</u> إلى هيئه أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه ، فإذا لم يتفقا على ذلك <u>*يتم حسم جميع الخلافات*</u> التي تنشأ عن هذا العقد وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفه التجارة الدولية على أن يتم التحكيم في لندن ".

<u>العقدين الثاني والثالث</u> المادة " ١٢" تنص على أنه :

" إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما ،فإذا لم يصلا إلى تسوية الخلاف عن طريق التفاوض تكون محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة هي المختصة بحسم هذا الخلاف " .

ومفاد ذلك أن القانون الواجب التطبيق في العقود الثلاثة هو قانون جمهورية مصر العربية ، وفي حالة عدم التوصل إلى تسويه الخلاف عن طريق التفاوض ،فإنه يتم حسم الخلافات وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بلندن بالنسبة للعقد الأول ، كما تختص محكمة القضاء الإداري بحسم الخلاف في العقدين الثاني والثالث.

وينبغي تحديد العناصر الأساسية للتفاوض من خلال تبادل المكاتبات والتقارير والمذكرات والدراسات للجوانب الفنية والقانونية على أن تتضمن وصفا تفصيليا

للحقوق والالتزامات ،،، كما أن تحـديد العناصر الأساسية على هذا النحو يصـلح مسودة لمشارطه التحكيم وفقا لنظام المصالحة والتحكيـم بالنسبة للعقد الأول ،كمـا يصلح أساسا لتكييف طبيعة المنازعة أمام محكمة القضاء الإداري بالنسبة لمنازعـات العقدين الثاني والثالث .[١٢٧]

وفي ضوء ما تقدم جاء اختيار أغلبية شركات الامتياز بنظام الـ .*B.O.T* لطريق التقاضي أمام محكمة القضاء الإداري دون اللجوء للتحكيم صورة معبرة لما يتمتع به قضاء مجلس الدولة المصري من ثقة في التعامل لدي الأطراف المتنازعة ، وبحسبان أن سرعة الفصل في الدعاوى سمة مميزة لأي نظام قضائي الحق محوره والعدل غايته . فكلما أمكن حسم المنازعات دون إبطاء استقر إحساس الفرد بالأمن و الأمان ، وانعكس أثر ذلك بصفة مباشرة في مجال التنمية *Developpement* وجذب الاستثمار *Investissement* لاسيما الاستثمار القادم من الخارج .

●●●●●●●●●●

[١٢٧] أنظر الوقائع المصرية العدد ٢٠٨ ملحق : قرار رئيس مجلس الدولة رقم ١٩٩ لسنة ١٩٩٩ بتنظيم دوائر محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولي فيما يخص المنازعات الإدارية المتعلقة بالقوانين و اللوائح و القرارات الإداريـة الخاصة بحـوافز الاستثمار ، شركات المساهمة ، سوق المال ، الجهاز المصرفي ، النقد الأجنبي ، التأمين ، الاستيراد والتصدير ، الحراسة ..إلخ .

و في غالب الأحوال تنشأ المنازعات بين الإدارة والملتزم في عقد الامتياز بنظام الـ .*B.O.T* عن مشـاكل ذات صلة وثيقة بتطبيق أحكام القوانين والقرارات الإدارية المشار إليها ، من أجل ذلك فإن تنظيم الاختصاص بنظر المنازعـات الناشئة عن تطبيق أحكام تلك القوانين والقرارات وجعلها في دائرة واحدة بمحكمة القضاء الإداري هو إجراء فعال مـن شأنه تحقيق ميزة التخصص والخبرة في هذا النوع من القضايا والفصل فيها دون إبطاء.

الباب الأول

" إبرام عقد الامتياز "

الباب الأول

إبـــرام عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم : [١٢٨]

العقد هو الأداة الرئيسية لتبادل السلع والخدمات، ولا يـــزال يمثـــل الفكـــرة الجوهرية المسيطرة على تنظيم المعامـــلات الاقتصادية والاجتماعية فيما بين الأفـــراد والأشخاص المعنوية العامة والخاصة .

وتطلق كلمة " العقد " على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يـــراد بـــها الضمان والعهد، وقد استعملها العرب للربط المعنوي للكـــلام فيقـــال عقـــد الـــزواج، والإجارة، والبيع .... الخ أما كلمة *Contrat* الفرنسية، فيعود أصلها إلـــي الكلمـــة اللاتينية *Contractus* ، وهي اسم المفعول للفعل اللاتينـــي *Contra Here* ويفيـــد الربط أو شد الوثاق .

هذا وتقوم الإرادة العاقلة بدور المحرك الأول في إنشاء العقد وصياغة قانونه الخاص ، والذي تكـــون الإرادة ملزمة بالتقيد به ، والخضوع له ، ويعبر عـــن هـــذه المكنة باصطلاح " سلطان الإرادة " *L'autonomie de la volonte*.

وفي إطار القانون الكنسي ظلت النظرة إلي التعـــهد أو الاتفـــاق ذات طـــابع أخلاقي فكان الشخص الذي لا يحترم تعهده يرتكب كذبا معاقبا عليه بزواجـــر دينيـــه، إلي أن تقررت القاعدة القانونية، وبمقتضاها انتقل الأمر من المبادئ الأخلاقية ليدخـــل دائرة المبادئ القانونية، حيث لم تعد الإرادة هي العنصر الوحيد في إنشاء العقد إنمـــا زاحمها القانون وأصبح العقد يحتوى على جانبين: أحدهما تنظيمي يفرضه القـــانون، والآخر اتفاقي تنظمه إرادة المتعاقدين.

أمـــا الـــشـــريعة الإسلامية الـــغـــراء فـــقد جعلت الأصل في إنشاء العقـــد مبدأ " التراضي" مـــصداقا لقوله تعـــالي " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" ولـــهذا جعل الشارع لـــكل عقد من الـــعقود أثرا يثبت إذا ثبتت أركانه وتوافرت شرائطه مـــع

---

[١٢٨] أ. د. الطماوى في العقود المرجع السابق ص٢٠٥ وما بعدها .

تحقيق التوازن بين الصالح الفردي متمثلا في حرية الشخص في إنشاء العقد ، وبين الصالح العام المتمثل في جعل آثاره الرئيسية من عمل الشارع وحده.

فالشريعة الإسلامية لم تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه. بل أخذت بمبدأ الجعلية لتحقيق التوازن والتعادل في الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين ابتغاء حفظ العدل بين الخلق وصون المعاملات عن دواعي الفساد ومنع الغرر في المعاملات وحماية للمتعاقدين من وجود أية شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة العقدية (١٢٩).

ولم تتوقف قصة العقد عند هذا الحد بل أخذت طورا آخر إبان القرن التاسع عشر حين ظهر عقد من نوع آخر تقوم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بإبرامه وهو "العقد الإداري"، وقد نما هذا النوع من العقود وترعرع في أحضان المدرسة القانونية اللاتينية الفرنسية، والتي أعطت لنظرية العقود الإدارية ذاتية متميزة عن نظيرتها المدنية(١٣٠).

وعليه قدم الفقه والقضاء قدرا وافيا من الأبحاث والأحكام في موضوع إبرام العقود الإدارية بصفة عامة ،،، غير أنه في ظل غيبة الأبحاث والأحكام والنصوص

---

(١٢٩) إن أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تناولت كل صغيرة وكبيرة قال تعالى" ما فرطنا في الكتاب من شئ".

ولما كان المتعاقد في نظر الشريعة الإسلامية يمكن أن يسهم في إبرام العقود بمجرد التعبير عن إرادته الحرة فإن آثار العقد لا تكون كذلك ، لأن الشارع فقط هو الذي يتدخل لتحديد شكلها ونطاقها ، ومن هنا جاءت النظرية المسماه بـ"الجعلية" في الفقه الإسلامي ، فالإرادة تنشئ العقد فقط ، ولكن أحكام العقود وآثارها من الشارع لا من إرادة المتعاقد ،،،

- ومبدأ الجعلية هو الذي يميز نظرية الرضا في الشريعة الإسلامية عن مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الغربية لأن مؤدي مبدأ سلطان الإرادة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن آثار العقد هي ما أوجباه على أنفسهما بإرادتهما الحرة ، ولا يتدخل التشريع إلا لحماية هذه الآثار ، مما يستطاع القول معه أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه ، وجاء مبدأ الجعلية ليحقق التوازن والتعادل في الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين ...، انظر د. عادل مصطفى بسيوني التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨ ص ١٦٣ وما بعدها وانظر
- الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - القاهرة ١٩٣٩، ط١،ص١٩٦،٢١٦.
- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة حجازي بالقاهرة ١٩٤١ ص ١٦٥، ١٩٦.

(١٣٠) *Sinkondo. M.H, La notion de contract administratif: acte unilateral ou contract civil de administration, R.T.D.C, 1993,p254*

- *Ghestin J, La notion de contract, D, 1990, chr, p147*
- *Leveneur. L, La liberte contractuelle en droit prive, A.J.D.A, 1998, p676.*
- ولمزيد من التفاصيل تراجع رسالة د/ مهند مختار نوح المرجع السابق ص١٣ وما بعدها.

التشريعية المنظمة لإبرام عقد الامتياز ، يكون لزاماً علينا دراسة هـذه الخصوصية من خلال طرح الحلول القضائية والفقهية والتشريعية المقارنة في كل من فرنسا ومصر، والاستفادة من معطيات هذا الطرح لمعرفة وسيلة إفصاح الإدارة عن إرادتها في إبرام عقد الامتياز ، حتى يكون العقد قائماً على أساس سليم من الناحيتين القانونية والاقتصادية ، منذ اختيار الإدارة وسيلة الامتياز لإنشاء وإدارة مرفق عام، وحتى إتمام إجراءات إبرام عقد الامتياز تمهيداً للبدء في تنفيذه.

وفي فرنسا تنقسم العقود الإدارية إلي نوعين:-

النوع الأول: عقود الشراء العام *Les contrats des marches puplics*: وهي عقود محلها تقديم أداءات معينة مقابل ثمن محدد تدفعه جهة الإدارة إلى المتعاقد معها.

النوع الثاني: عقود تفويض مرفق عام *Contrats de delegation de service public* : ومحله إسناد إدارة وتسيير مرفق عام واستغلاله من جانب الإدارة (باعتبارها مفوِّضاً) إلي شخص آخر من أشخاص القانون العام أو الخاص (باعتباره مفوَّضاً إليه) مقابل إتاوة(*Redevance*) يجبيها هذا الأخير من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض.

هذا وتتبع الإدارة في فرنسا عند إبرام عقود الشراء العام إطاراً إجرائياً محدداً سلفاً ، بينما يُسمح للإدارة في عقود التفويض بحرية أكبر في توجيه إرادتها مما يعني اتساع نطاق مبدأ الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد واتساع سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال ، وفي نهاية القرن العشرين حدث تطور تشريعي بمقتضاه أخذ عقد التفويض يتجه شيئاً فشيئاً نحو الالتزام بنطاق إجرائي.[١٣١]

وفي مصر صدر بتنظيم المناقصات والمزايدات ما يلي :

١)القانون رقم ٢٣٦لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات - الملغى .

٢)القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧لسنة ١٩٨٣- الملغى .

---

(١٣١) *Pouyand D. op. Cit P83*

انظر رسالة د.مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٣٥٧ .

القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم المناقصات والمزايدات ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ، وبدأ العمل بمقتضاه اعتباراً من ٨ يونيو عام ١٩٩٨ .[١٣٢]

وتعد هذه التشريعات القانون العام في شأن تنظيم العقود الإدارية تطبق أحكامها في كل حالة لا يرد فيها تشريع خاص.

والظاهرة الملموسة لمفهوم الإدارة في فرنسا ومصر هو الإكثار من الهيئات والمؤسسات العامة لما ينطوي عليه ذلك من مرونةٍ في أسلوب الإدارة على أساس فكرة اللامركزية المرفقية التي تسمح للمرفق العام بأن يتبع نُظماً مُغايرة لما ينطبق على الإدارة المركزية.[١٣٣]

هذا وفي موضوع كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة انقسم الرأي بين الدول فريقين[١٣٤]

الفريق الأول : يجمع الدول التي لا يوجد بها إجراءات محددة للتعاقد إنما تتميز بوجود موظفين عموميين مختصين ذوى خبرة يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه ، ولهم حق إسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين أثناء التنفيذ ، ويخضعون في أداء واجبهم لرقابة رؤسائهم بالنسبة للإجراءات الإدارية ولرقابة ديوان المحاسبة فيما يخص المسائل المالية .

الفريق الثاني : يمثل الدول التي بها تشريعات تنظم الإجراءات الواجبة الإتباع وينقسم هذا الفريق إلي اتجاهين: الأول يجعل للإدارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد علي أن تلتزم بالقواعد المقررة حين تلجأ باختيارها إلي الطريق المنظم ، والثاني يجعل إتباع التنظيم إجباريا.

وبصفة عامة يهيمن على موضوع كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة أمران :

أولهما : توفير أكبر وفر مالي للخزانة العامة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية ، ثانيهما : يغلب الجانب الفني باختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة

---

(١٣٢) المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ١٩ مكرر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٨

(١٣٣) أ د الطماوى المرجع السابق ص ٢٠٨ ، ٢٠٩

(١٣٤) تقرير الإدارة السياسية لجامعة الدول عن المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية بمدريد الذي عقد بمدريد سبتمبر ١٩٥٦ .

العامة ، وعلى هذا النحو يتم اختيار الإدارة للمتعاقد معها إما بطريقة : المناقصات والمزايدات « *L'Adjudication Publiques* » أو بطريقة: الممارسة [١٣٥] « *Gré à Gré* » وباختيار أفضل الشروط سواء من الناحية المالية أو من ناحية أداء الخدمة المطلوبة .

وفي هذا المقام قضت محكمة القضاء الإداري بأنه : [١٣٦]

" ومن حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية ، والتي يشتد فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند تعاقدها ، يرجع إلي أن المشرع يسعى إلي إدراك هدفين كبيرين : الأول : تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة ، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية . والثاني : مراعاة المصلحة الإدارية ، وذلك يتطلب تمكين الإدارة أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها ".[١٣٧]

وقضت المحكمة : [١٣٨] " أنه وإن كان من الأسس التي تقوم عليها تعاقد الإدارة عن طريق المناقصات أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل ، إلا أنه يخضع في ذات الوقت لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق الفنية التي تتمثل في اختيار العطاء الأقل الذي يكفل حسن سير المرفق وانتظامه ، ذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام " .

ويعد أسلوب المناقصات والمزايدات هو الأصل في التعاقد في فرنسا ومصر لكن المشرع مراعاة للظروف ولدواعي المرونة قد يضع بجوارها طرقا تكميلية تتمثل في

---

(١٣٥) أنظر بحث المرحوم الأستاذ الدكتور /فؤاد العطار عن "وسائل تعاقد الإدارة "(نظرية المناقصة والممارسة) المنشور بمجلة مجلس الدولة (مجلة السنتين الخامسة والسادسة)ص٢٥١ . وأ.د. ماجد راغب الحلو " القانون الإداري " ١٩٧٧ دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت ص١٤٧ . وأ.د. طعيمه الجرف " القانون الإداري " ١٩٧٣ دار النهضة العربية ص٥٢٦ .

(١٣٦) حكمها الصادر في إبريل ١٩٥٢ (القضية٧٠٢٧ لسنة ٨ ق) .

(١٣٧) مشار إلي الحكم في هامش الصفحة ٢٠٩ المرجع السابق في العقود الإدارية – أستاذنا الدكتور الطماوى.

(١٣٨) حكمها الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٦٠ السنة ١٤ ص ٣٨٣

الممارسة والاتفاق المباشر ، وفي الحالات التي يفرض المشرع أن تلجأ فيـــها الإدارة إلي طريق المناقصة أو المزايدة فإن تعاقدها عن غيره يكون باطلا.[١٣٩]

وفي نفس الوقت فالقاعدة العامة التي مـــا تزال ســـارية هـــي " أن الإدارة حرة في التعاقد إذا لم يوجد نص تشريعي يفرض عليها أحكاما معينة " .

ومن ناحية أخرى إذا كانت الإدارة بصدد عقـــد اتـــفاق مركـــب « *Convention Complex* » ينتمي إلي أكثر من نوع من العقود مثل الحال في "عقد امتياز" يتضمن عناصر أشغال عامه وتوريـــد وينبغي اتباع طريق المناقصة فـــي شـــأنهما . قضـــى مجلس الدولة الفرنسي بترجيح عنصر الامتياز الذي تملك الإدارة فيه حريـــة التعـــاقد عن طريق الممارسة ، أو الاتفاق المباشر، باختيار المتعاقد لصفاته الشـــخصية « *Le caractère d'intuitus personae* » وأجاز ابرام الاتفاق بعنـــاصره المختلفـــة عـــن طريق الممارسة ، وذلك يعني النظر إلي العنصر الغالب، وإسناد الاتفـــــاق بعنـــاصره المختلفة إلي مـــتعاقد واحد .[١٤٠]

وقد اتجه المشرع الفرنسي في تطوره نحو منح الإدارة قدرا أكبر مـــــن الحريـــة وذلك بعد أن تكشف من خلال العمل عن عيوب المغالاة في التقييد فميز بيـــن ثلاثـــة أنواع من المناقصات :

أولا : المناقصة العامة المفتوحة: « *L'Adjudication Puplique ouverte* »

ثانيا : المناقصة المقيدة أو المحدودة : « *L'Adjudication Restreinte* »

ثالثا : المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة :

«*L' Adjudication un Coefficient*»

---

(١٣٩) راجع جيز " مطول في القانون الإداري " الجزء الرابع ص٦٩ و مطول دى لوباديز في العقود الإدارية طبعة ســـنة ١٩٥٦ ،الجزء الأول ،ص٣١٧ وراجع أحكام مجلس الدولة الصادرة في ٢٤ يناير ١٩١٩ في قضيـــة "*Clauzel*" المجموعة ص ٦٨ ، ٢٦ أبريل ١٩٤٤ في قضية " *Dame dejean* " المجموعة ص٣٤٦، ٣ مايو ١٩٥٠ في قضية " *Société de pêche malgache* " المجموعة ص٢٥ .

وانظر أيضا مؤلف الدكتور/ توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري –١٩٥٥ ص٧٧٢ مؤلف الأستاذ / حســـين درويش بعنوان " وسائل تعاقد الإدارة " ١٩٥٦ ، ص٢٢ وما بعدها ، و الدكتور الطماوى ص٢١١ وما بعدهـــا المرجع السابق في العقود الإدارية . ويراجع حكم محكمـــة القضـــاء الإداري في ٦ينـــاير ١٩٥٧ س ١١ ص١٢٨ وحكمها في ٢٠ مارس ١٩٥١ س٥ ص٨١٢) .

(١٤٠) حكم المجلس في ٢٣ يوليو ١٩٢٠ في قضية " *Marianne* " المجموعة ص٧٤٩ مؤلف د/ سعاد الشـــرقاوى في العقود الإدارية ص٢٦٨ ، أ.د. الطماوي في العقود ص ٢١٤.

ونجد في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية تطورا في مجال اختيار المتعاقد أخذا بقاعدة الاعتبار الشخصي مقارنة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ومن ذلك:

- مادة ٣ من القانون : "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم٠٠٠ الخ".
- مادة ٨ من القانون (الفقرة الثانية) : " كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها - لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة - بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة ٠٠٠ الخ وفقا للشروط والقواعد التي يحددها " .

ومن أهم الملامح الأساسية للقانون الجديد في مجال البحث ما يلي :

- تحقيق مبدأي الشفافية والعلانية .
- تحقيق مبدأ المساواة (سواء بين المتعاقدين فيما بينهم أو بين أجهزة الدولة).
- الفصل بين النواحي المالية والفنية مع إعطاء الأولوية للجانب الفني .
- مراعاة حقوق المتعاقدين .
- إخضاع الدراسات الاستشارية والفنية لأحكام القانون .

وإعمالا للقوانين الصادرة بشأن امتياز المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، وأرقام١٠٠ و٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، و٣ لسنة ١٩٩٧ ، و٢٢ لسنة ١٩٩٨ تنقسم الدراسة في شأن اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الامتياز إلي فصلين :

الفصل الأول

" كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " .

الفصل الثاني

" كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* "

الفصل الأول
" كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز "

تقديم و تقسيم :

صدر بتنظيم المناقصات والمزايدات القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتسرى أحكامه على شراء المنقولات وأعمال المقاولات والنقل وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ، ويتضمن القانون أحكاما تفصيلية بشأن كيفية طرح المناقصات بنوعيها وتشكيل لجان فتح المظاريف وفحص العروض.

والثابت أن هذا القانون شأن القوانين السابقة يخلو من النص صراحة على خضوع عقد الامتياز لأحكامه- غير أن المادة ٣ من القانون الجديد تقضى : " بأن يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة ".

ومفاد ذلك جواز التعاقد بالمناقصة المحدودة في أعمال المشروعات ذات الأهمية الخاصة ، فيتم اختيار المتعاقد من بين كوكبة من ذوى التخصصات أولئك الذين يتمتعون بالخبرات والكفايات الفنية والمالية وحسن السمعة وهم أشخاص معلومون بذواتهم في مختلف المجالات سواء في مصر أو في الخارج.

وهذا المدلول التحديدى لأصحاب الكفايات وبيوت الخبرة نراه ينسحب بطريق التلازم المنطقي بجواز اختيار المتعاقد في عقود الامتياز بطريق المناقصة المحدودة لأن موضوع العقد يندرج في الحالات التي تتطلب طبيعتها مباشرة أعمال مشروعات ذات طبيعة وأهمية خاصة .

وطالما أن اختيار المتعاقد في عقود الامتياز لم يرد في شأنه نص خاص والهدف من اتباع قواعد وأحكام قوانين المناقصات والمزايدات هو الوصول إلى أفضل العروض ، والقاعدة العامة أن إعمال النص خير من إهماله ، فإن القانون النافذ ، الذي هو بمثابة الشريعة العامة في العقود الإدارية يكون أولى بالتطبيق في عقد الامتياز إذ الأمر فيه موصول بالنفع العام ومداه .

ويؤيد هذا النظر أن موضوع عقد الامتياز " له طبيعة خاصة " حيث يشتمل علـــى أعمال التوريد والمقاولات والعديد من الخدمات المدعمة بخبرة مستشـــارين وفنييـــن وخبراء بذواتهم وبيوت خبره معتمدة ، ومن دواعي المرونة والفاعلية أن يتم دعــوة هؤلاء لتقديم عروضهم عن طريق المناقصة المحدودة أخذا بقاعدة الاعتبار الشـخصي في عقد الامتياز وما يقضي به المشرع من وجوب الفصل بيـــن النواحـــي الماليـــة والفنية في العروض مع إعطاء الأولوية للجانب الفني .(١٤١)

وندرس في ثلاثة مباحث كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز كما يلي:

المبحث الأول

" مرحلة اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " .

المبحث الثاني

" إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز " .

المبحث الثالث

" الترخيص بإبرام عقد الامتياز " .

(١٤١) تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتبي لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصاديـــة عن مشروع قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ملحق رقم ١٣ المضبطة جلسة ٦٣ (١٤أبريل عام١٩٩٨).

المبحث الأول
" اختيار المتعاقد في عقد الامتياز "

تقسيم:

تستهدف الدولة اختيار المتعاقد على أساس مبادئ العلانية والشفافية والمنافسة الحرة والمساواة وتكافؤ الفرص ، ولتحقيق ذلك ينبغي إفساح المجال عن طريق الإعلان بكافة الوسائل المتاحة لدعوة المتنافسين لتقديم عروضهم للتعاقد في عقد الامتياز ونتعرض لهذه المبادئ بالدراسة في مطالب ثلاثة : (١٤٢)

المطلب الأول
" مبدأ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية " .

المطلب الثاني
" مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين " .

المطلب الثالث
" مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " .

---

(١٤٢) أ.د. العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص٢١٧ وما بعدها .

المطلب الأول

" مبدأ العلانية و المنافسة الحرة و الشفافية "

** العلانية والمنافسة الحرة

تعني المنافسة الحرة فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الاشتراك في المناقصة ومعاملة المتنافسين على قدم المساواة ، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أوعلى حسابهم(١٤٣) ، وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام من خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم ، وحينئذ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة.

وبالنسبة لعقد الامتياز يكون الإعلان عن طريق المناقصة المحدودة متضمنا القواعد المبينة بالقانون ولائحته التنفيذية وذلك بدعوة أصحاب التخصصات وبيوت الخبرة من ذوي الكفايات الفنية والمالية وحسن السمعة وهم معلومين بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج .

والمسلم أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان كقاعدة عامة تكون ملزمة للإدارة، فيتعين احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجراء الإعلان وعدد مراته ، وإلا ترتب البطلان في حالة مخالفة هذه الشروط وفق الطريقة التي نص عليها القانون، وكذلك الشأن إذا لم تحترم الإدارة المدة المقررة للإعلان، أو إذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة (١٤٤) وذلك مع مراعاة التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية ، والتي لا يترتب عليها البطلان مثل : حالة

---

(١٤٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ٢٨٨ لسنة ٤ ق بتاريخ ١٩٥٩/٥/٩، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة بأن القضاء يعترف للمتنافسين بمخاصمة مشروعية الإجراء، وذلك إذا لم يوضع كل المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوب استيفاؤها حكمه في قضية *Caillelt* بتاريخ ١٨٩٠/٣/١٢، المجموعة ص ٣٢١، وبأن قواعد المنافسة والمساواة بين العارضين هي جوهر المناقصة، وبالتالي فإنه لا يمكن للإدارة أن تمارس تميزات قانونية أو واقعية تؤدى إلي تفضيل بعض العارضين، وإلي إلقاء أعباء على عاتق بعضهم الآخر حكمه في قضية *Bourgade* تاريخ ١٩٤٨/٧/٩ ، المجموعة ص ٣١٤، وبالاستناد إلي ذلك، أدان المجلس بعض الشروط غير المشروعة التي من شأنها أن تؤدي إلي إيجاد حالة من عدم المساواة بين المتنافسين، حيث اعتبر المجلس أن الشرط الذي يقضي أن يكون المتنافس منتميا للإقليم الذي تجرى فيه المناقصة شرطا غير مشروع (حكمه في قضية *Fracottras* بتاريخ ١٩١٤/٦/٤، المجموعة ص ٥٥٢) ، وانظر رسالة د. مهند نوح المرجع السابق ص ٣٦٨.

(١٤٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ابريل ١٩٢٢في قضية *Commerciales* المجموعة ص٢٤٩ .

إغفال الإدارة تضمين الإعلان السلطة التي تجرى المزاد ؛ (١٤٥) وحالة حدوث خطأ في الأرقام ، وليس من السهل أن يتنبه إليها المتقدم. (١٤٦)

وإذا ما احترمت الإدارة طريقة الإعلان المقررة ، فلا ضير عليها في أن تلجأ إلي طرق إعلان أخرى كالإعلان في الراديو أو التليفزيون أو السينما .(١٤٧)

الشفافية : (١٤٨)

ورد في تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتب لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب ، وفي المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " بأنه قد حدث في السنوات الأخيرة العديد من التطورات الاقتصادية ، وكثر الحديث فيها عن الشفافية والعلانية والمساواة وغيرهما من المبادئ التي أصبحت عرفا مستقرا في الاقتصاد العالمي الذي نتأثر به وبمتغيراته في سياسة الدولة الرامية لإرساء مناخ الاقتصاد الحر " (١٤٩).

والحقيقة أن لفظ " الشفافية " قد جاء بتقرير اللجنة المشتركة في أربع مواضع متلازما مع لفظ العلانية ، بينما اكتفى القانون الجديد بإيراد لفظ العلانية دون لفظ "الشفافية" على اعتبار أنهما يؤديان معا إلي غاية واحدة : وهي المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة مناخ الضبابية والتعتيم وعدم الثقة التي تولدت فيما مضى بين الحكومة والقطاع الخاص ، وبهذه المثابة تعد العلانية صورة معبرة لمدلول الشفافية ، وهو أمر معنوي يلمسه المستثمرون حثيثا من وسائل العلانية المتاحة لهم بما يمكن القول معه بأن اللفظيين مترادفان .

---

(١٤٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٣٩ في قضية *Gantron* المجموعة ص٥٢٩ .

(١٤٦) حكم المجلس في ١٨ يناير ١٩٢٩ في قضية *Com de Beausolail* .

(١٤٧) مطول لوبادير في العقود الإدارية ص٢٦٦ .

(١٤٨) شفافية مصدر "شف"و معناها لغة استشف الشيء أبصره من خلال غيره و اختبره و فحصه يقال(استشف الثوب فتش ما فيه من العيوب ، واستشف الكتاب أو الأمر أي بحثه و تبين ما فيه، و استشف الشراب أقصاه شربا، والشفاف مالا يحجب ما وراءه)مجمع اللغة العربية – معجم الوسيط – الجزء الأول –الناشر مطبعة مصر ١٩٦٠"

(١٤٩) ملحق رقم (١٣) لمضبطة الجلسة الثالثة والستين في ١٤ أبريل لسنة ١٩٩٨ .

وقد تبلور من هذا المنطلق مدلول "الشفافية" في نصوص القانون بصفة عامة ، وفيما قضت به المادة ٤٠ بصفة خاصة من قواعد تفرض إعلان أسباب إرساء المناقصات والممارسات العامة والمحدودة أو بإلغاء أي منها وأسباب استبعاد العطاءات ، على أن يعلن ذلك في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض تحدد السلطة المختصة لها مكانا ظاهرا للكافة ، وأن يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء .

وفي هذا الإطار بات التقدم المتسارع نحو تحسين مناخ الاستثمار في مصر هدفا منشودا من أجل جذب البيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار أموالهم وخبراتهم الواسعة في مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية – وتلازم بالتزامن مع هذه الغاية – اتخاذ مبدأ " الشفافية " أسلوبا ومنهجا في التعامل مع الجهات الرسمية بعد أن كان التعامل خلف الأبواب المغلقة منفذا لضياع المال العام وإهداره بغير حساب ، فزادت تكلفة المشروعات العامة إبان تلك الفترة بنسبة ٢٠ % عما هو متاح في الأسواق المفتوحة تلك التي تسود فيها الأعمال بغير ستار وفق آليات المنافسة الحرة .[١٥٠]

**رقابة مخالفات النزاهة والمشروعية في مرحلة إبرام العقد

وفى فرنسا وسع قانون ١٩٩٣/١/٢٩ من اختصاصات التنظيم الإداري بالتفتيش وضبط مخالفات النزاهة والمشروعية عند إبرام عقود الشراء العام "*Les Merches Puplic*" ليشمل المخالفات المقترفة عند إبرام عقود الامتياز.

ولا يقتصر نطاق رقابة هذا التنظيم على مرحلة إبرام العقد، بل تعزز ذلك بوجود نظام قانوني يجبر الإدارة على تمكين ذوى الشأن من الإطلاع على الوثائق ، وبعدم جواز منح أفضلية غير مبررة للغير ، وامتدت الرقابة لتشمل المخالفات المرتكبة في مرحلتي التحضير وتنفيذ العقد.

---

(١٥٠) تقرير مؤتمر القاهرة الأول للتعاون والتنمية بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٣ الصادر عن (المنظمة المصرية للشفافية – عضو المنظمة العالمية للشفافية ببرلين)وذلك برعاية جماعة الإدارة العليا .

ويتجه المشرع الفرنسي إلي إلزام الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام العقد للتأكد من مشروعية الظروف التي تم الإبرام خلالها بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها.

هذا وقد اعتبر الفقه الفرنسي أن السرية ميراث تاريخي غرسته البيروقراطية من خلال السير في دوائر مغلقة بدلا من سماء مكشوفة ، ولهذا انسحب المشرع الفرنسي رويدا رويدا من نفق السرية إلي شمس الوضوح لتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطنين، فرتب حقا عاما لكل معني بمشكلة ما أن يطلب الاطلاع على جميع البيانات المتعلقة بها(١٥١).

---

(١٥١) انظر رسالة د.مهند مختار نوح المرجع السابق ص٦٧٥ وما بعدها.

وقد استحدث القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ مكتب متابعة التعاقدات الحكومية لتلقى الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ولكن هذا المكتب لا يختص بمتابعة شروط المشروعية والنزاهة التي يبرم من خلالها العقد كما هو الحال بالنسبة للتنظيم الإداري التفتيشي في فرنسا.

المطلب الثاني

" مبدأ المساواة و تكافؤ الفرص في عقد الامتياز "

نتعرض لدراسة مبدأ المساواة بين كل من الإدارة والمتنافسين ، والمتنافسين فيما بينهم على نحو ما يلي: [١٥٢]

* المساواة بين الإدارة والمتنافسين:

في ظل مناخ الاقتصاد الحر ظهر مفهوم جديد في العلاقات القائمة بين السلطة الإدارية والأفراد أساسه التفاوض والحوار ثم الاتفاق ، وبالتالي تحول مفهوم القرار الإداري من ملامح الأمر والإخضاع ليكتسي ثوبا إتفاقيا قابلا للتفاوض بغرض المشاركة في تحديد مضمونه.

وبمقتضى هذا المفهوم الجديد تطورت التقنيات الاتفاقية في فرنسا من خلال تحولات مؤسسية تجلت في تعديل العلاقة الكلية للمجتمع المدني مع قانون الدولة في السنوات الواقعة بين ١٩٨٠-١٩٩٠ تلك التي ترعرعت في غضونها مفاهيم حرية العمل والتزام الدولة بعدم التدخل في العلاقات التجارية ، مما أدى إلى ظهور *المجتمع الاتفاقي* ، وإلى بروز العقد الإداري كقاعدة قانونية مهيمنة كما هو الحال في أنظمة الشريعة العامة *Common Law*.

وفي ظل هذا المجتمع الاتفاقي تسعى الإدارة العامة في علاقاتها العقدية لتأخذ بعدا إتفاقيا كاملا ، فالإدارة محكومة بمبدأ المشروعية وينبغي أن تستخدم السلطة الممنوحة لها "باحترام" *Discretement* وبأفضل وسيلة لذلك عن طريق الحصول على قبول من الأفراد في علاقاتهم معها، ودون شك فإن هذا المظهر الرضائي للعلاقات بين الإدارة والأفراد يجعل الإدارة في مركز أكثر تساويا معهم من جهة ، ويجسد تطورا حاسما في تطبيق مبدأ المشروعية بهدف الوصول إلى أرفع مستويات مفهوم خضوع الإدارة للقانون من جهة أخرى ، وتجلي هذا المنهج الواسع للتقنية الاتفاقية في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية ، حين تبين للإدارة أن استخدام "القرار" كان غير مجد ولا يتلاءم مع الإدارة الاقتصادية بالمفهوم الجديد.

---

[١٥٢] أستاذنا الدكتور العميد الطماوى في العقود – المرجع السابق – ص٢٢١ و ما بعدها

ومن هنا لجأت الإدارة إلي استخدام تقنيات تحمل في وضـــوح تـــام عوامــل جذب الأفراد نحو اتخاذ المواقف الاقتصادية المرادة منهم بحرية تامة فلم تلـزم الإدارة العاملين في مجال الصناعة بإقامة مشاريع في الأقاليم النائية في فرنسا ، بـــل قــامت بإبـــرام "اتـــفـــاقـــيـــات حث" مع هذه الفئة لإقامة المشاريع الصناعية حيث يمنحـون بموجبها مميزات وأفضليات مالية معينة كما نفذت الإدارة سياستها التســعيرية بنـــاء على اتفاقات مبرمة مـــع العاملين في هذه المجالات ، بعد أن فشلت سياسة الفــرض الانفرادي عن طريق القرارات الجبرية في الفترة ما قبل سنة ١٩٨٦.[١٥٣]

وفي مرحلة إبرام عقد الامتياز يكمن مفهوم المساواة في وجود شـــخصين تتنازع بينهما المصالح ، أحدهما شخص عام ينهض بعبء رسالة المصلحة الـــعامة وفي سبيلها يلجأ إلي إبرام العقد مع أحد الأشخاص لتحقيق مصلحة عامة وضروريـــة لتسيير مرفق عام ، وتتأتى المساواة بين الطرفين إذا نظرنا إلي علاقـــة الإدارة مـــع المتعاقد بأنها علاقة تعاون عقدي لإنجاز عمل محدد ، وما ينطوي عليه ذلـــك مـــن استقطاب المعاونين(*Les collaborateurs*) الراغبين في التعامل مع الإدارة ، ولهذا فإن الأخذ بفكرة التوازن الدقيق في المصالح هو السبيل الناجع لإحـــداث تـــلاق بيـــن إرادتي الطرفين ، في ضوء إقرار الإدارة بأن المتعاقد معها له كامل الحق في سلســلة

---

(١٥٣)

- ***Benoit, le droit administratif francais Paris 1968 P.685***
- ***Roche. R, Precis de droit public, Bunod, paris, 1973, p. 687***
- ***Madiot. Y, Aux frontiers du contrat et de l'acte administratif unilateral : recherche sur la nation de l'acte mixt en droit puplic Francais, these, L.G.D. J, Paris, 1971, p.14***
- ***Hostiou. R, procedures et formes de l'acte adminstratif unilateral et droit administratif francais , these, L.G.D. J, paris, 1975, p25.***
- ***Caillosse. J, La modernisation de l'etat, A. J.D. A. 1991, p 755 et S.***
- ***Terneyre. PH, L'influence du droit communatutaire sur le droit des contrats administratif A.J.D.A 1996, p. 670***
- ***Lalumiere. C et Sadran. P , droit administratif , paris, 1991, p14.***
- ***Richer . L, Les contrats administratifs, 1991, p3***
- ***Chevallier. J, L'etat de droit, R. D. P, 1988, p331***

من التعويضات حين يتحمل تكاليف على عاتقة أكثر شدة مما توقعه عند إبرام العقد من منطلق أنه لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما تعاقد بادئ الأمر.[١٥٤]

وإذ تتواجه مصالح الجماعة مع مصلحة من ستتعاقد الإدارة معه فإنه ينبغي وضع هذين النمطين من المصالح في كفتين متساويتين في الوزن أو الثقل العقدي مما يقتضي إيجاد تقنية تعاقدية تكفل تنفيذ ضرورات المصلحة العامة في حدها الأقصى "متوازنة" مع متطلبات المصلحة الخاصة للمتعاقد بطرح مفهوم المساواة في عقد الامتياز من خلال تأمين مصلحة كل من طرفي الرابطة العقدية معا سواء بسواء.

والحقيقة أن التوازن المالي يشكل أحد الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقود الإداريه ، بما يجعل العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد أقل إختلافا وتنازعا من العلاقة التعاقدية الخاصة في العقود المدنية ، إذ لا تظهر فيها روح التعاون بين المتعاقدين بمقدار ما تظهر نوايا كل طرف منهما وهو أشد حرصا على تأمين مصلحته دون سواه ، بيد أن الأمر على خلاف ذلك في عقد الامتياز حيث تنشأ علاقات سوية مشربه بروح التعاون الجيد بين الإدارة والملتزم علي نحو يتلاءم مع حسن سير المرفق العام الذي يتصل العقد معه [١٥٥].

*مساواة المتنافسين فيما بينهم: إن المساواة مبدأ عام يكفل للمتنافسين الاشتراك في المناقصات والمزايدات العامة على قدم المساواة ، فلا يجوز للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم إلا أن الإدارة قد تضع بعض القيود والشروط

---

[١٥٤] وقد عبر أ.مارسيل فالين عن هذا بالقول : (أن المتعاقد مع الدولة قد اعتبر في الماضي ذو مصالح تتناقص بطبيعتها مع مصالح الدولة ، ومن ثم اعتبر" خصما" ADVERSAIRE أما في العصر الحديث ، فإن المتعاقد يعتبر "معاونا إراديا" collaborateur volontaire ويجب أن لا تعتبر مصالحه المالية متناقصة بالضرورة مع مصالح الدولة ..)راجع مقاله الشهير عن التطور الحديث لعلاقات الدولة مع معاقديها ، مجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٥١ ، ص ٥ .

[١٥٥] انظر

Laubadere- Venezia J. C et Gaudemet. Y, Traite de droit administratif L.G. D. J, Paris, 1995, p 638. Ets ,Benoit P, Le droit administratif francais Dalloz, Paris, 1968,p588,685,Debbasch. CH, p166., Richer. L, Les contrats administratifs, 1991,p6 ,Rainaud J, Le contrat administratif- Volonte des parties ou lois des services puplics ? R. D. p, 1985, p. 1198

وانظر رسالة أ.د. محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٥٧٨ ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها ،ص٣٦٩ وما بعدها ، ومؤلف أ.د. سليمان الطماوى الأسس العامة المرجع السابق ص ٦١٠ ، وهذه المبادئ من أهم الملامح الأساسية التي أرساها القانون الجديد في مصر فيما بين الإدارة والمتعاقد معها.

مستهدفة تحقيق الصالح العام ويتم تنفيذ ذلك إما بطريق: الاستبعاد العام ، أو بوضع شروط وقيود.

* الاستبعاد العام: « *L'Exclusion General* » : هو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من المناقصات التابعة لها بشكل نهائي أو لفترة محدودة ويتم الاستبعاد في كل من فرنسا ومصر كما يلي :

(أ) الاستبعاد العام في فرنسا: يقرر الاستبعاد العام في فرنسا في حالتين : كجزاء علي خطأ تعاقدي أو بسبب النقص الواضح في إمكانيات ومؤهلات بعض المتعهدين ، فتدرجهم في قائمة المحرومين من دخول مناقصاتها ، ويتعين في الحالتين تبليغ من يشملهم قرار الاستبعاد حتى يتاح لهم التظلم وفق القانون والمطالبة بالتعويض إذا ترتب علي قرار الاستبعاد ضرارا ماديا أو معنويا .(١٥٦)

(ب) الاستبعاد العام في مصر: ويتم الاستبعاد العام كجزاء تعاقدي عملا بحكم المادة الرابعة والعشرين من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨بأن :" ويفسخ العقد في الحالتين الآتيتين :

١)إذا ثبت أن المتعاقد قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله علي العقد .

٢)إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب أسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها من سجل الموردين أو المقاولين ، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية .." ،

* الشروط والقيود اللازمة لصلاحية المتنافسين : يقع على جهات الإدارة التزام جانب الحيطة والتبصر في اختيار المتعاقد باعتبار أن ذلك من أولى الخطوات الواجبة نحو بلوغ الهدف المطلوب ، وقد فرض المشرع المصري في القوانين المتعاقبة الالتزام بأمرين:

---

(١٥٦) يراجع : رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص٣٧٩ وما بعدها ، و

* *Laubadere & Delvolve & Moderne op. Cit. P606.,Mignon M. « Declin d'une Techinque Classique – L'adjudication » D. Chro. 1954 P149 ,Jeze G. op. Cit. P190 et suivant.*

أولهما شخصي : ويتمثل في منع الجهات الإدارية من التعامل مع أولئك الذين قيدت أسماؤهم في سجل الممنوعين من التعامل سواء بنص في القانون أو بموجب قرار إداري بسبب سوء سمعتهم لارتكابهم إحدى الجرائم المبينة في القانون ، وذلك باستبعادهم من قائمة المتنافسين .[١٥٧]

ثانيهما موضوعي : يفرض على الجهات الإدارية التزام جانب الدقة والتحري عن المتعاملين معها بأن تتوافر لديهم الكفاءة المالية والخبرة وحسن السمعة .[١٥٨]

ومن القيود المفروضة على مبدأ المساواة بين المتنافسين ما يلي[١٥٩]:

١- وفقا للمادة الثالثة من القانون يقصر التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية فيما بين *بعض المتعاقدين بذواتهم في مصر أو في الخارج* ، وعندما يفوض المشرع قصر التعاقد بالنسبة لعقود معينة على المواطنين ومنحهم أولوية في التعاقد حسب ما ورد بالمادة الرابعة من القانون.

٢-من واجب الإدارة التأكد مقدما من صلاحية المتقدمين للمناقصات عن طريق إثبات قيامهم في عهود قريبة بأعمال من نوع الأعمال المطروحة حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة من ذلك ، ولهذا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في هذا المجال.

وقد حرصت محكمة القضاء الإداري على إبراز هذا المعنى بالحكم الصادر في أبريل ١٩٥٧ الذي تقول فيه : " من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو

---

(١٥٧) تنص المادة ١٤ من القانون " تمسك كل جهة من الجهات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون سجلات لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين . وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة سواء كان المنع بنص في القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لأحكامه ، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريقة النشرات المصلحية ، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل " .

(١٥٨) تراجع المادة ٣من القانون والمادة ٦من لائحته التنفيذية .

(١٥٩) تعد الشروط والقيود المفروضة في دفتر الشروط مظهرا لتحقيق مبدأ المساواة بين الإدارة والمتعاقد فهي مفروضة على الإدارة والمتعاقد على حد سواء. ، وانظر رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٣٦٩.

حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء أكان عاما أو خاصا إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان : أولهما : يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة ، وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية مستهدفة بذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت وقرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الخصوص ، وتجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإداري ، وفيما للإدارة من سلطة وضع قواعد تنظم أعمال المناقصة".

" ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متنكبا الصالح العام ، أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب ، وكما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق ، يجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما ، وذلك كإجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة لتهيئة الجو الصالح للمناقصة" .(١٦٠)

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة : " بسلامة استبعاد شخص لما ثبت للبلدية من أنه على صلة بشركات أساءت في تنفيذ بعض العمليات ، وأن قدرته الفنية والمالية لمواجهة العمليات محل شك كبير(١٦١) ، كما قضت " بصحة استبعاد آخر من الدخول في المزايدات لأنه كان يتخذها ذريعة للتنقل إلى مركز الشط بقصد تسهيل مهمته في تهريب المخدرات والأسلحة " .(١٦٢)

---

(١٦٠) القضية رقم ٢٩٦٤لسنة ٧ق و أكد ذلك حكم الإدارية العليا الصادر في ٦مايو ١٩٥٩،س ٤ ص١٢٥٤ .

(١٦١) محكمة القضاء الإداري في ٢٩نوفمبر سنة١٩٥٥ ،س ١٠،ص٥٤.

(١٦٢) محكمة القضاء الإداري في ١٠ مارس ١٩٥٤ ،س ٨ ،ص٩٢٥ كما تقول في حكمها الصادر في ٣٠ مارس ١٩٥٦(س ١٠ ص٢٧١)وأن للوزارة الحق - وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها=

٣) ولضمان جدية المشاركة في المناقصات العامة فرض المشرع في القانون الجديد على المتنافسين تقديم تأمين مؤقت لا يقل عن ٢% من القيمة التقديرية للعطاء كحد أقصى ويرد هذا التأمين لأصحاب العطاءات غير المقبولة فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء .

٤) منع بعض الأفراد من الاشتراك في المناقصات والمزايدات في الأحوال الآتية[١٦٣]:

(أ) من سبق له التعاقد مع الإدارة وأخل بالتزاماته إخلالا جسيما ، [١٦٤] ويرتب القانون علي ذلك شطب اسم المتعاقد من سجل المتعاملين مع الإدارة.

وقضت المحكمة الإدارية العليا : " للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة " .

(ب) إذا كان الشخص يتخذ من المناقصات والمزايدات ستارا لارتكاب أعمال لا تتفق والمصلحة العامة ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري[١٦٥]أنه:" وبعد إذ ظهر أن

=التقديرية.ولتمكين الإدارة من ممارسة حقها السابق فرض القانون علي مقدمي العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا في كتاب مستقل يرفق بالعطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها ، التي قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام. فإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليهم أن يقدموا إلي جهة الإدارة ما يثبت قيامهم في عهود قريبة بأعمال تشبه في نوعها الأعمال المطروحة في المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ إتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمندوبي جهة الإدارة لمعاينة تلك الأعمال ، وتقديم كافة البيانات والمستندات التي تثبت قيدهم في مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التي تنظم ذلك .

(١٦٣) إن استخدام كلمة "شخص" في هذا المقام يكون أكثر دقة حيث أنها تشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي بينما كلمة الفرد تعني فقط الشخص الطبيعي ، ومعلوم أن الجهات الإدارية تتعامل مع الشخص الطبيعي والمعنوي ومن ثم ينصب المنع من الدخول في المناقصات مستقبلا على الاثنين معا سواء بسواء.

(١٦٤) قد ينص على هذا الجزاء صراحة في دفاتر الشروط ، ويعلق كجزاء على ارتكاب أخطاء معينة وحينئذ لا يطبق الجزاء إلا إذا تحققت تلك الأخطاء المحددة . (حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليه ١٩١٤ في قضية « *Youffret* » المجموعة ص٩٤١ فإذا لم يرد نص من هذا القبيل في العقد فإن الإدارة تملك أيضا استبعاد من سبق التعاقد معه و أخطأ في تنفيذ التزاماته ، ولكن يجب أن يثبت هذا الخطأ .بمعني أن قيام الخطأ من عدمه لا يترك لتقدير الإدارة المطلق و إنما تمارسه تحت رقابة القضاء أحكام المجلس الفرنسي في ٢٣يونية في قضية « *Surhomme* » المجموعة ص ٦٨٣ وفي ١١ مارس ١٩٢٧ في قضية « *Lorenzo* » " المجموعة صـ٣١٥ ، وفي ١٣ مارس ١٩٣٧ في قضية « *Jac* » المجموعة صـ٣٢٣ ولا يراقب القضاء مجرد قيام الخطأ المدعى بقيامه بل يراقب جسامته – حكم المجلس الصادر في ٢٨ مارس ١٩٣٩ في قضية "*Fribourg*" المجموعة ص٢٢٤ أنظر أ. د. العميد الطماوى في العقود المرجع السابق هامش صـ٢٢٦ .

(١٦٥) الإدارية العليا في ١٧فبراير ١٩٦٢ (س٧ ص ٣٣٤)، القضاء الإداري في ١٩٥٤/٣/١٠ (س ٨ صـ٩٢٥) .

المدعى قدم عطاءات بأسعار في ظاهرها تحقيق مصلحة مادية للحكومة ، وأنه قد تحمل خسارة مادية إن هي إلا ذريعة لينفذ من ورائها إلى تحقيق أغراضه الخفية إلا وهي قيامه بتهريب الأسلحة والمخدرات ".

(ج) من سبق الحكم عليه بعقوبة جناية ، يستلزم حتما حرمانه من القبول بصفة متعهد أو ملتزم ، وذلك بالتطبيق لحكم المادة ٢٥ من قانون العقوبات .

(د) من فقد الاعتبار بسبب الحكم عليه بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية.

(٥) شرط الجنسية : جرى القضاء الفرنسي على بطلان هذا الشرط ، ثم عدل عن هذا المسلك واعترف بشرعية الشرط في سائر العقود الإدارية، والأمر على خلاف الحال في مصر فالتشريعات تشجع استثمار المال العربي والأجنبي بمنح مزايا وإعفاءات ضريبية وجمركية .. .. .. وغيرها .

(٦) منع الوساطة في التعاقد.

(٧) أن يكون مقدم العطاء مقيما في مصر أو أن يكون له وكيل معتمد فيها .

(٨) شرط عدم التعامل مع إسرائيل . وبعد إتمام الصلح مع إسرائيل نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٠ على أن " يلغى القانون رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ بمقاطعة إسرائيل وجميع القوانين المرتبطة به " ، ولهذا خلا القانون رقم ١٩٨٣ الملغى والقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من الأحكام المتعلقة بذلك .

والمسلم قضائيا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير المرغوب فيهم وقرارها قرار إداري منفصل« *Acte détachable* » يجوز الطعن فيه استقلالا بدعوى الإلغاء وتخضع سلطتها لرقابة القضاء لا يعيبها إلا إساءة استعمالها.[١٦٦]

---

(١٦٦) أ.د. سليمان الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق صـ ٢٢١ وما بعدها – وأنظر دى لوبادير في العقود المرجع السابق ص ٢٧ وما بعدها ، وحكم المحكمة الإدارية العليا في ١٧ فبراير ١٩٦٢ س ٧ ص ٣٣٤ .

المطلب الثالث

" مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد في عقد الامتياز "

تتمتع الإدارة كقاعدة عامة بحريه اختيار المتعاقد معها ، طالما أن المشرع لم يلزمها بأسلوب معين عند التعاقد ، وهذه سلطة تقديرية تستعملها الإدارة في حدود الصالح العام[١٦٧] فإن تركت التعاقد مع شخص بذاته إضرارا به ومحاباة لغيره جاء قرارها مشوبا بعيب الانحراف خليقا بالإلغاء ، وللإدارة حرية الالتجاء إلى طريقة المناقصة أو الممارسة بنوعيهما أو الاتفاق المباشر من أجل اختيار المتعاقد معها .

و فيما يلي نتعرض لتطبيق مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز في كل من فرنسا ومصر التزاما بقاعدة الاعتبار الشخصي في التعاقد:

أولا: كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد في عقد الامتياز وتطوره في فرنسا:

- اختيار الإدارة للمتعاقد معها وتطوره.

انصرفت الإدارة في فرنسا خلال القرن التاسع عشر عن أسلوب المناقصة بصيغتها التقليدية القائمة على أساس المنافسة الحرة المطلقة والإرساء على السعر الأقل لأن الطابع المتزايد للمرافق العامة أدى إلي ظهور حاجات معقده ذات طبيعة خاصة لم تكن معروفة سلفا ، وصارت محلا لعقود إدارية ذات ملامح تقنية جديدة ، وكان لا مناص من تحديد المتنافسين المتمتعين بالأهلية التقنية الكافية لتنفيذ مثل هذه الأداءات بحرية كاملة دون اعتماد على آليات العرض والطلب ذات النتائج غير المضمونة، من منطلق وجوب ترك الأمر بين أيدي أمينة تدرك أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد ليست علاقة تضارب وتنافر ، *بقدر ما هي علاقة تعاون في سبيل التنفيذ الأمثل لحاجات المرفق العام*.

---

(١٦٧) أنظر مؤلف أ .د ربيع أنور فتح الباب " العلاقة بين السياسة والإدارة دراسة تحليلية في النظم الوضعية والإسلام " ص ٤٣ دار النهضة العربية عام ١٩٩٤ حيث يقول: " ونرى أن الصالح العام هذا هو فكرة توفيقية أو يمثل حلا وسطا بين المصالح المتعارضة للأفراد ، أو هو الصالح المسيطر لمجموعة من الأفراد في داخل المجتمع يختلف نطاقها ضيقا واتساعا من نظام سياسي إلي آخر ... ومن ثم فإننا نؤيد الرأي الذي يقول أن الصالح العام ليس إلا مجموعة المصالح الخاصة التي اجتمعت فيما بينها لتحقيق رغباتها في ظل الظروف المتاحة ".

ومن هنا ظهرت الضرورة للتوفيق بين مفــهومي الســلــطـــة التقديريــة للإدارة لوزن الإمكانات التقنية للمتنافسين وبين الحصول على أفــضل سعر ممكـــن، وتبلورت هذه النظرة من خلال مفهوم جديد للمناقصة يقوم على عنصرين:-

١-فك القيود التي رتبها المشرع على الإدارة في معرض قبولها للمرشحين للمنافسة بحيث لا تكون سلطتها مقيدة بقبول المرشح بمجرد استيفائه للشـــــروط ومــن ثـم استبعاد مبدأ الدخول الحر إلي المنافسة .

٢-بقاء مبدأ الإسناد التلقائي الذي يحكم المناقصة العادية بحيث أصبح الســعر الأقـل هو الفيصل في تحديد المتعاقد وبذلك تم التوفيق بين مصلحة الإدارة التقنيـــة بتقييـد الدخول إلي المنافسة، ومصلحة الإدارة المالية ببقاء مبدأ الإرساء على السعر الأقل.

ويعتبر أمر ١٨٣٦/١٢/٤ هو الأصل التشــريعي التــاريخي للتفرقــة بيـن مفهومي المناقصة المفتوحة والمناقصة المقيدة حيث قرر ما يلي:(إذا كان من شـــأن المنافسة غير المحدودة أن تسبب ضررا للإدارة، فإنها يمكن أن تخضع لقيود تحصـر المنافسة بين أشخاص معروفين بكفاءتهم، وذلك بالاستناد إلي تدابير مسبقة متخـــذه من قبل الإدارة).

وبموجب المادة ٢١ من مرسوم ١٩٤٢/٤/٦ استقر مبدأ المناقصة المقيـــدة ونظامها القانوني في فرنسا على نحو ما يلي:

الــطـريــقــة الأولى : المــمـــارسة عن طريـــق إجراءات المناقـــصة :
« Les Marches d' Agréé »

تستهدف هذه الطريقة إخضاع التعاقد لأكبر قدر من المنافسة عن طريـــق إتبـاع إجراءات المناقصة دون إلزام الإدارة باختيار متعـــاقد بعينـــة ، وهـــذا هـــو الفـــارق الجوهري بين التعاقد بهذه الطريقة ، وبين التعاقد الذي يوجب القانون إبرامـــه عـن طريق المناقصات العامة التي تقوم على مبدأ آلية الإرساء.

ويمكن توجيه الممارسة إلي جميع الشركات أو المقاولين ويطلـــق علـــى هـــذه الطريقة *« Appel d'Offres Ouvert »* " الدعوة المفتوحة " ، وقد توجه الدعـــوة

إلي شركات أو مقاولين معينين « *Appel d'offres restreint* » " بالنظر إلي أن مقدرتهم تفوق غيرهم من النواحي المالية والقيمة الفنية لعروضهم [١٦٨] .

وأيا كانت الطريقة المتبعة فإن الإدارة تستقل باختيار المتقدم التي تقدر بمحض ترخصها أن عطاءه أفضل العروض ، كما تستطيع أن تطلب من متقدم أو أكثر تخفيض قيمة عطاءاتهم ، ويتعين على الإدارة الالتزام بإجراءاتها متى أعلنت مختارة أنها سوف تتبعها بالنسبة إلي عقد معين .[١٦٩]

<u>الطريقة الثانية : التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر وبفاتورة أو مذكرة :</u>

« Les Marches par Entente Directe et Les Marches ou Mémoires »

وهما وسيلتان للتعاقد بالممارسة فالإدارة تساوم وتختار من تتعاقد معه بنفس الحرية التي يتمتع بها الأفراد في نطاق القانون الخاص ، وحين تتفق الإدارة مع المتعاقد مشافهة فإنها تقوم بسداد مستحقاته بموجب فاتورة أو مذكرة عقب تنفيذ موضوع العقد ، وفي حالة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر تسرى القاعدة العامة بوجوب إفراغ الاتفاق في الشكل الكتابي .

وتلجأ الإدارة إلي التعاقد المباشر لتنفيذ بعض الأعمال العامة التي تتسم بطابع السرية وفي حالات الاستعجال *Urgence* أو عند عدم جدوى المنافسة إذا كان التعاقد يتطلب الاستعانة باختراع معين تحتكره شركة أو شخص بعينه أو كان تنفيذ الأشغال يتطلب مهارات واستعدادات خاصة لا تتوافر إلا في شركة معينة كما تتبع في حالة رغبة الإدارة القيام بدراسات أو تجارب معينة قبل تحديد صورة العقد النهائية ذلك حين لا يكون من المقدور تحديد مقابل العقد مقدما ويطلق على هذا النوع تسمية « *Marché a pris provisoire* » مادة ٣٦ مرسوم ١٣ مارس ١٩٥٦.

---

(١٦٨) تضع الإدارة في اعتبارها قيمة المقابل وتكاليف الاستعمال والقيمة الفنية والضمانات المهنية ومده التنفيذ الخاصة بكل عطاء (مادة ٢٨ من مرسوم ١٩٥٦)انظر أندرية لوبادير في العقود الجزء الأول ص٠٢٤٠،ص٣١٢.

(١٦٩) أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق صـ٢٨٥ وما بعدها وأنظر (حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٩ مارس ١٩٦٠ في قضية *Massida* المجموعة صـ١٨٧)

الطريقة الثالثة : التعاقد إثر منافسة: *« Les marches sur appel d'offres »*

تتولى الإدارة تقييم العروض وفق قواعد أعدت سلفاً من خلال منافسة تجري بين عدة بيوت خبرة أو مقاولين ويكون لها مطلق الحرية في اختيار الأشخاص الذين يسمح لهم بالاشتراك في المنافسة دون اتخاذ إجراءات المناقصة ، لكنها ملزمة باحترام القواعد عند ترتيب العطاءات فلا تستطيع الإدارة السماح لشخص بمميزات لا يتمتع بها غيره ، كأن تسمح لأحد بأن يغير في عطائه بعد تقديمه .

وفي نطاق فحص العروض تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المتعاقد معها ، ويمارس القضاء الإداري رقابه مقيدة *Un Contrôle Restreint* في هذا المضمار كما في الحالات الآتية :

١) رقابة الغلط البين في التقدير : عندما يصدر قرار اختيار العرض الأكثر ملاءمة دون مقارنة حقيقية بين العروض ، وعندما يكون معيار تقييم أحد العروض غريباً عن مقوماته لجهل الإدارة بمعطيات التفوق الفني والمهني للعرض ، وحين يكون معيار اختيار أحد العروض مغلوطاً في بياناته بشكل واضح.

٢) رقابة احتمالات الغلط في القانون *L'erreur de droit* إذا ما قام قرار الإدارة بالاختيار علي أساس معيار تقديم تراخيص أو موافقات وهي لا تُمنح قانوناً إلا بعد تمام إبرام العقد والبدء في تنفيذه .

٣) رقابة الغلط في الوقائع التي يقوم عليها قرار الاختيار .

٤) رقابة الانحراف بالسلطة .[١٧٠]

---

[١٧٠] أنظر :

- *Laubadére & Delvolvé & Moderne « Traité des contrats » Tomme 1 Paris 1956 P639.*

، ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص٥٧٢ وما بعدها .

* اختيار المتعاقد في عقد الامتياز وفق قاعدة الاعتبار الشخصي في فرنسا: [١٧١]

يؤكد الفقيه "جيز" ذلك بالقول : " أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على نفس المستوى بالنسبة للعقود الإدارية ، ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شئون إدارته ".

أكدا " فيدل " و " ديلفولفيه " أنه : " إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لأساليب معينة عند إبرامها (كالمناقصات والمزايدات) ، فإنه لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلي اتصال هذا العقد الوثيق بالمرافق العامة ، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزناً خاصاً عند إبرام العقد " .

« Alors que, pour beaucoup d'autres contrats administratifs, l'administration est tenue de recouriar des procèdes de désigantion automatique du contractant, par exemple ont l'adjudication en matière de concession elle est absolument maîtresse de choisir son partenaire ».

وفي هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٧٥ في قضية *Épapous Martin* والمنشور بمجلة القانون العام مع تعليق الفقيه " فالين" علي : " أن الحرية المكفولة للإدارة في مجال إبرام عقود الامتياز قد يقيد منها احتكار يمنح لبعض الأشخاص العامة أو بعض شركات الاقتصاد المختلط لإدارة بعض المرافق العامة "[١٧٢].

---

[١٧١] يراجع في هذا الصدد بصفة أساسية في :

* الفقه الفرنسي :

** Jèze : les contrats administratifs tome 2 1932 Paris p 213 et suiv.-*
**A. De laubadère : les contrats administratifs tome 2 p103 et suiv.*

*الفقه المقارن :

**« Flamme, Traite théorique et pratique des marchés publics Tome 2 Bruxelles 1969 p. 11 et suiv. »*

* الفقه المصري :

- مؤلف أ.د. محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق " الأحكام العامة " ٥٦ص وما بعدها .
- مؤلف أ.د. سليمان الطماوى المرجع السابق " الأسس العامة للعقود الإدارية " ص٢٨٥ وما بعدها .

[١٧٢] يراجع مؤلف استاذنا / محمد سعيد حسين أمين في العقود الإدارية المرجع السابق ص١١٣ و ١١٤ ، وأنظر مؤلف الفقيهين " فيدل " و " ديلفولفيه " في القانون الإداري ص٠ ١١٤ باريس ١٩٨٨

- ويقـرر الفقيهان "فيدل" و "ديلفولفيه" في هذا الصدد ما يلي :=

والمسلم أن عقد الالتزام ينفرد بخصائص ذاتية تفرض علي الإدارة اختيار الشخص القادر علي النهوض بعبء استغلال مرفق الامتياز وإدارته أخذا بمبدأ الاعتبار الشخصي ذلك من خلال تحقق صفات جوهرية في الملتزم ضمانا لتنفيذ عقده علي أكمل وجه ، فالكفاية المالية والخبرة الفنية والضمانات المهنية فضلا عن السيرة الحسنة تعد من المؤهلات الأساسية التي يتعين علي الإدارة مراعاة توافرها فيمن يتقدم للتعاقد معها في عقد الامتياز .

ويتلازم مع تطبيق هذا المبدأ ضرورة منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال اختيار الملتزم دون إجراء منافسة سابقة علي إبرام العقد معه ،حيث أكد قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة لا تلتزم -عند إبرام عقد تفويض(امتياز) مرفق عام- بالخضوع لإجراءات الإبرام التي نص القانون عليها بالنسبة لعقود الشراء العام ذلك لضرورة الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد معها في عقد التفويض من جهة ،،، ولعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي يفرض علي الإدارة إتباع إجراء معين في معرض إبرام هذا النوع من العقود من جهة أخري ،،، ويؤكد الفقه الفرنسي بأن هذا المبدأ قد أبدعه مجلس الدولة الفرنسي من جملة ما أبدع من مفاهيم وظل مخلصا له على الدوام (١٧٣) .

=*« Cependant, le principe du libre choix du concessionnaire se trouve écarté par les règels caniférani un monopole à certaines personnes publiques pour la gestion de certain service public pour la gestion de certains services publics.Ainsi,les collectivités locales ne peuvent accorder de production,de transports ou de distribution délectricesé qu'a Electricité de France.*

Dans certains cas, le choix est limiteé à certains types de personnes (par ex. Societies d'économie mixte ou éestablishments publics pour les concessions d'amengrossment urbain ou régional) ».

ورد بمؤلف " فيدل " و " ديلفولفيه " أن اشتراط الجنسية الفرنسية في الملتزم المرافق العامة كان يتعارض مع اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة فتم إزالة هذا التعارض بموجب مرسوم رقم ٧٠ - ٤١٠ الصادر في ١٥ إبريل ١٩٧٠، وذلك دون أن يؤثر هذا الوضع في الاحتكار الممنوح لاستغلال مرفقي كهرباء وغاز فرنسا .

«En revanche, les dispositions restrictives imposantes la nationalité française aux personnes physiques ou morales concessionnaires de services publics contraire au traité de Marché commun, ont été levée par le dessert n.70 – 410 du 15 avril 1970,sans que pourtant il ait été porté atteinte au monopole d'Electricité de France et de Gaz de France ».

(١٧٣) أنظر :

**Bonnard R. « Précis de droit administratif » Precis de droit administratif 1943 4e. P718.=*

ويبدو الأساس القانوني للاعتبار الشخصي واضحا، لأن إبرام عقد الامتياز ما هو إلا حلقة من حلقات تنظيم المرفق العام ،، وأن سلطة الإدارة في اختيار شريكها في هذا العقد بحرية كاملة هي ذات السلطة الممنوحة لها من قبل لتأمين أفضل تنظيم لهذا المرفق،،، فمناط السلطة في الحالتين هو استمرار الإدارة في أداء رسالتها باختيار عقد الامتياز منذ البداية كوسيلة لإشباع حاجات عامة .

وبهذه المثابة ترتبط سلطة الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي ارتباطا وثيقا سواء في عقد الامتياز أوفي تنظيم المرفق العام محل هذا العقد ، ذلك أن التنظيم الأفضل للمرفق العام يشكل " أساسا " للاعتبار الشخصي " وقيدا " عليه فهو " الأساس " منذ أن قررت الإدارة تنظيم هذا المرفق بموجب السلطة التقديرية في اختيار الامتياز كوسيلة لإدارة المرفق العام.

وفي نفس الوقت يعتبر التنظيم الأفضل للمرفق العام "قيدا" على سلطتها في مجال تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي لاختيار أفضل العناصر لأداء هذه المهمة دون عائق من إجراءات طالما أن غاية سلطة الإدارة هو النفع العام.

ويتم ذلك بتحقيق التناظر بين حسن سير المرفق العام وبين الإمكانيات الحقيقية للشخص القادر على النهوض بإدارة مرفق الامتياز بحسبان أن أهلية الملتزم (المفوض إليه) هي موضع الاعتبار في المقام الأول عندما تسعي الإدارة لإبرام عقد تفويض معه.(١٧٤)

=*Thurière J.TH. « Problématique du sujet pour le juge administratif – dans la délégation de service public » 1996 A.J.D.A P584.*

**Alibert TH. L'intuitus personae dans la concession de service public R.adm.*

**Chapus R. « Droit administratif » Tomme 1 Paris 1988 P555.*

، رسالة أ.د. محمد سعيد أمين المرجع السابق ص٦٨٠ وما بعدها .

(١٧٤) ويؤكد سلطة الإدارة في الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي في عقد التفويض وفي تنظيم المرفق العام معا ، وفي تقييد سلطتها في الاختيار في بعض المرافق العامة – أن المرفق العام هو " كل مشروع تقوم به الإدارة بنفسها أو بواسطة الأفراد تحت رقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور" ـــ يحدث أحيانا :" أن يفرض القانون على السلطة الإدارية ضرورة التدخل لإنشاء مرفق عام معين، وعندئذ تقيد هذه السلطة حريتها في الاختيار، وتصبح ملزمة بإنشاء المرفق، وتسمي هذه النوعية من المرافق (المرافق الإجبارية)" انظر في هذا الصدد مبادئ القانون الإداري أ.د. محمود أبو السعود حبيب، أ.د. محمد سعيد حسين أمين ص ٢٨،١٤ سنة ٢٠٠٠

من جهة أخرى يجد مبدأ الاعتبار الشخصي أساسه القانوني في مرحلة الإبرام من خلال جملة المسئوليات الواقعة على كاهل الملتزم ، والتزامه الشخصي بالتنفيذ الجيد لأعمال المرفق محل الامتياز بغير توقف ، حتى وإن نشأ بينه وبين الإدارة خلاف من أي نوع ، ودون أدنى شك فإن متعاقدا يحمل مسئوليات بهذه الصرامة لا يمكن إنتقاؤة بميزان الإجراءات مثل الحال عند إجراء المناقصات التي تقود إلي التلقائية في الاختيار.

من أجل ذلك كان من حق الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية اختيار الملتزم الأكثر قدرة على الوفاء بالتزاماته وفق ملاءمات المرفق ، كما يمكن للإدارة أن تضع حدا لنهاية العقد حين تزول مقومات الثقة في المتعاقد .

وفي ظل هذه السلطة التقديرية الواسعة للإدارة في الاختيار يكتفي القضاء الإداري بممارسة الرقابة الدنيا(*control minimum*)على معطيات الاختيار بحيث لا ينطوي هذا الاختيار على خطأ في القانون أو في الواقع أو تجاوزا في السلطة وقد رفض المجلس أن يبسط رقابته في مجال الملاءمة ولاسيما رقابة الغلط البين.

وقد برر جانب من الفقه الفرنسي موقف المجلس بأن اختيار المتعاقد في عقد التفويض له طبيعة بالغة التعقيد من الناحية التقنية ، ولا وجه لخوض المجلس في غمارها لعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي ، من شأنه الحد من سلطة الإدارة في الاختيار ، مما يجعل تدخل القضاء في مجال رقابة الملاءمة من قبيل إلغاء الأصل الذي هو الإباحة .

وما إن أطل عقد التسعينيات من القرن العشرين حتى ظهر اتجاه ينادي بضرورة توفيق المفهوم الكلاسيكي السائد في نطاق إبرام عقود التفويض مع مقتضيات الإدارة الحديثة ، وتركز ذلك في طلب تطبيق قواعد المنافسة والعلانية على عقود التفويض (ولا سيما التزام أو امتياز مرفق عام) .

وإبان ذلك كان هناك اتجاه آخر يطالب الدولة بمكافحة الفساد وبتحقيق الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية ، الأمر الذي حدا بالمشرع لإعداد مشروع قانون تضمن ما انتهي إلية قرار لجنة مكافحة الفساد (المشكلة لدى الوزير الأول) باقتراح إخضاع إبرام عقود التفويض إلي تقنية طلب العروض وفقا لنصوص تقنين عقود الشراء العام .

ولما عرض مشروع القانون على الجمعية الوطنية أسفرت المناقشات البرلمانية بالعدول عن هذه الأفكار لأسباب تتعلق بالأهمية الاقتصادية لعقود التفويض وتنفيذها ، وتمخض هذا المناخ عن صدور القانون رقم ٩٣-٢٢ بتاريخ ١٩٩٣/١/٩ المعروف باسم قانون " *SAPIN* " الذي تضمن لأول مرة في فرنسا قواعد إجرائية خاصة تحكم عقود تفويض المرافق العامة ، بضرورة أن يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول وفق إطار إجرائي حدده القانون ، ويصبح التصرف الصادر عن الإدارة في هذا المضمار مشوبا بالبطلان ،وذلك في حالة مخالفة هذه القواعد الإجرائية.

حينذاك صدر قانون ١٩٩٣/١/٢٩ - وقضي بأن التقنية الوحيدة لإبرام عقود التفويض هي *"التقنية التفاوضية"* والتي تتم بعد إجراء علانية كاملة ومنافسة مسبقة ، مما جسد التوفيق بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة ، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند انتقائها لشريكها في عقد الامتياز أخذا بمبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخري .

وقد استطاع المشرع الفرنسي المحافظة على إصراره التاريخي في عدم إخضاع عقود التفويض لقواعد الإبرام التي تحكم عقود الشراء العام ، وتخليه في نفس الوقت عن موقفة الثابت في عدم إخضاع إبرام عقود التفويض (الامتياز) إلى أي إطار إجرائي محدد. (١٧٥)

ويجزم الفقه الفرنسي المعاصر بأن المنافسة المسبقة على هذا النحو، لا تتناقض البتة مع مبدأ الاعتبار الشخصي من خلال الدور الذي تلعبه *البيئة التنافسية"* في تحفيز المرشحين نحو التسابق لتقديم أفضل الشروط مما يتيح للإدارة أن تستطلع أفضل الإمكانات لإدارة المرفق ، وإجراء مقارنة فعالة بين مختلف

---

(١٧٥) أنظر :

**C.E, 19/12/1913 « Drapeyron » Rec. P1280.*
**C.E, 19/6/1936 « Sienrs Cromeck » Rec. P672.*
**C.E, 10/4/1970 « Sieurs-Beau ET Lagarde » Rec. P243.*
**C.E, 3/5/1974 « Sieur Flesch » Rec. P259.*
**C.E, 28/3/1990 «Commune de la réole » C.G.D.F, A.J.D.A 1990 P466.*
**Chapus R., op. Cit. P561.*
**Alibert Th., op. Cit. P509.*
**T.C, 6/6/1989, Préfet de Paris cité par Alibert op. Cit. P509.*

، ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص٦٠٥.وما بعدها .

الصفات والمميزات التي يحملها المتنافسون ،،، ومع اقتران ذلك بعمليات تفاوضية قد تطول أو تقصر يأتي اختيار الإدارة في النهاية وهي على بينة تامة بكافة القوى الاقتصادية المتاحة.

وقد عبر الفقيه " *CHAPUS* " عن ذلك بالقول : " أن التفاوض القائم على المنافسة والعلانية ، لا يقيد حرية الإدارة في اختيار مفوضها ، وإنما ينور عناصر الاختيار الحر لهذا المفوض " ، وبذلك أوجد قانون ١٩٩٣/١/٢٩ نوعا من المنافسة المقيدة عند إبرام عقود التفويض ، وفي نفس الوقت تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تحديد المرشحين الذين سيدخلون إلى ساحة المنافسة والتفاوض. (١٧٦)

وعندما دخلت هذه النصوص التشريعية حيز التطبيق القضائي أكد رئيس محكمة باريس الإدارية بأن مفهوم المنافسة الذي آتي به قانون " *SAPIN* " لا يطابق مفهوم المنافسة الصارم الذي يطبق في إبرام عقود الشراء العام ، ويكفي أن تنتج عن المنافسة في عقود التفويض وجود حالة تنافس بين المرشحين على مستوى جيد . لاختيار الملتزم ،ويظل مبدأ عدم جواز تنازل الملتزم عن عقده إلي الغير ساريا التزاما بمبدأ الاعتداد بالاعتبار الشخصي في عقد التفويض.

وقد رفض القضاء الإداري الفرنسي بسط رقابته على أساليب التفاوض التي تتبعها الإدارة في معرض إبرامها لعقود التفويض على أساس أن القانون قد أعطى الإدارة حرية كاملة في التفاوض مع المتنافسين.

على أنه في مجال طرح العملية التعاقدية وإجراء التفاوض رسم قانون "*Sapin*" نطاقا إجرائيا تضمن شرطين واستثناء كما يلي:

* شرط الدخول في المنافسة: وذلك بأن يعلن المتنافس عن استعداده لتقديم المميزات والأفضليات- فيما لو تم إسناد تفويض المرفق إليه.ويعتبر توفير هذا الشرط معيارا لإسناد عقد التفويض إليه ، وهذا أمر منطقي من خلال انعكاس ذلك على جودة أداء الخدمة التي يقدمها مرفق الامتياز للمنتفعين به.

---

(١٧٦) أنظر :

**C.E, 18/6/1982, S.A.R.L, Sud Pacific Navigation Rec. P667.*
**C.E, 7/1/1976, Ville d'Amilens, A.J.D.A 1976 P632.*
**Chapus R. « Droit adminstratif » Tomme 1 op. Cit. P556.*
، ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص٦٠٧ .وما بعدها .

* **الشرط المتعلق بمدة العقد:** إذا حدد القانون نطاقا زمنيا معينا لسريان عقود التفويض، فإن مدة العقد تحدد في هذا النطاق، على أن يؤخذ في الحسبان طبيعة العقد وقيمة الأموال المستثمرة فيه، بشرط ألا تتجاوز المدة المتفق عليها المدة الطبيعية وفق معدلات الاستهلاك المتبعة بالنسبة للإنشاءات التي يقدمها الملتزم لاستغلال المرفق العام.(١٧٧)

وقد حدد قانون ١٩٩٥/٢/٢ مدة عقود التفويض لبعض المرافق البيئية مثل مرافق المياه : الصالحة للشرب وتطهير المياه ، ومرافق النفايات ، وذلك بما لا يجاوز عشرين عاما.(١٧٨)

* **الاستثناء من إجراءات العلانية والمنافسة المسبقة:** استثنى المشرع الفرنسي بعض الحالات من التزام المنافسة والعلانية ، فأباح للإدارة أن تلجأ إلي الاتفاق المباشر مع أحد أشخاص القانون الخاص أو العام حين تري توافر عناصر الاعتبار الشخصي فيه ويتحقق ذلك فيما يلي :

١) عندما يقرر القانون احتكار خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع بعينه.

٢) عندما تقوم الإدارة بتفويض مؤسسة عامة لإدارة مرفق الامتياز ، شريطة أن يكون هذا المرفق مما يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة وفق القواعد القانونية التي تحكمها .

٣) ألا تتجاوز المبالغ التي تقع علي عاتق المفوض إليه في عقود الامتياز ما قيمته مبلغ ٧٠٠ ألف فرنك فرنسي خلال مدة العقد .

٤) إذا كان مشروع عقد الامتياز (التفويض) قد طرح في منافسة سابقة ، ولم يقدم أحد أي عرض فيها أو قدمت عروض ورأت الإدارة عدم مناسبتها .

٥) أنه يوجد نوعين من التفويضات يتم منحها علي أساس تعاقدي وأخرى تمنح بقرار ، وقد أفتي مجلس الدولة الفرنسي أن التزامات المنافسة والعلانية الواردة في

---

(١٧٧) أنظر :

Terneyre PH. « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats adminstratif » A.J.D.A 1996 N°S P87.

(١٧٨) أنظر رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص٦١٢ ، ويراجع :

Chapus R. « Droit Adminstratif » Tomme 1 Paris 1988 P 556.

قانون ٢٩/١/١٩٩٣ تطبق في نطاق التفويضات ذات الطبيعة التعاقدية دون التفويضات التي يتم منحها بقرار [١٧٩].

* ثانيا : كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد في عقد الامتياز وتطوره في مصر:

***اختيار الملتزم في عقد الامتياز إعمالا لقاعدة الاعتبار الشخصي:**

ألمح أ.د. توفيق شحاته إلي هذا الموضوع وهو بصدد الحديث عن " التنفيذ الشخصي *Exécution Personnelle* " في المبحث الثالث من رسالته بالفرنسية وعنوانه « *Obligation du Concessionnaire* » بالقول[١٨٠] :

---

(١٧٩) وقد جاء في فتوى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٨/٩/١٩٩٥ ما يلي:

(... Les dispositions des articles/38/et/ 40/ de la loi ne concernent que les cas ou les delegations font l'objet des contrats,elles ne sont pas applicables lorsque le choix du delegataire est le resultat d'une decision unilaterale)

راجع في ذلك:

Gaudement Y- Stirn B- Rolin. F, et Ealra. TH. D, Les grands avis du conseil d'etat, Dalloz, 1997, p684.

علما أنه يجوز في مصر منح تفويضات مرفق عام بمقتضى ترخيص (قرار) ، ومن مثال ذلك الترخيص الممنوح للشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول لإنشاء وتشغيل خدمات اتصالات جي. إس. إم. ٩٠٠، راجع في ذلك:

- أ. د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص ٩٢.
- راجع في ذلك د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦١٨ وما بعدها.

(١٨٠) أنظر رسالته بالفرنسية " امتياز المرفق العام " عام ١٩٤٠ المرجع السابق ص٨٣ و ٨٤

« Que le contrat de concession soit conclu de gré à gré ou par adjudication publique, l'Administration s'assure dans les deux cas, par le choix du concessionnaire ou par les conditions qu'elle exige dans le cahier des charges de l'adjudication, que c'est celui qui offre les plus grandes chances d'une bonne exploitation.

C'est donc à raison de certaines qualités personnelles nécessaires que remplisse le contractant, que l'Administration lui confie la gestion d'un service public. L'intuiue personoe est un élément essentiel de la concession.

Il en résulte qu'il est interdit au concessionnaire de céder la concession sans l'autorisation de l'administration. Cette interdiction de céder n'a pas besoin d'être inscrite :elle résulte de la nature même du contrat de concession. Toutefois, nous retrouvons dans la plupart des actes de concessions de service public passés en Egypte, la formule suivante, avec quelques de forme : "La présente concession est purement personnelle: en conséquence, la Compagine ne pourra la céder à des tiers, ni constituer pour l'exploiter, une société quelconque, sans l'autorisation préalable et écrite du Gouvernement " ».

« ينبغي على الإدارة التأكد مليا من أن الملتزم سوف يتولى في جميـــع الأحـــوال تنفيذ التزاماته في عقد امتياز المرفق العام علي أفضل نحو ممكن وفقا للقواعد التـــي تحددها الإدارة في كراسة الشروط سواء أكان اختيار المـلتـزم قـــد تـم عـــن. طريق " الممارســة *De Gré à Gré*" أو"المناقصـــة العـــامة *Par Adjudication Publique*" فالاختيار القائم علي الاعتبار الشـــخصي *Intuitus Personae* " يعـد عنصرا أساسيا في منح امتياز المرفق العام.

وترتيبا علـــي ذلـــك لا يستطيع الملتزم التنازل عن عقده إلا بموافقة جهة الإدارة ، ولا يشترط النص علي ذلك في العقد ، فالمنع يستند إلي الطبيعة الذاتية لعقد امتيـــاز المرفق العام . ونجد هذا القيد مكتوبا بصيغ مختلفة في أغلب عقود امتيـــاز المرفـــق العام في مصر علي نحو ما يلي : " إن هذا الامتياز شخصي بحت وبناء عليـــه فـــإن الشركة لا يمكن أن تتنازل عنه للآخرين ، ولا يجوز لـــها تأسـيس شـركة أخـري لاستغلاله بدون الحصول علي إذن كتابي مسبق من الحكومة "« .[١٨١]

ويقول أستاذنا العميد الطماوى "أنه إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لطـــرق معينة عند إبرامها أشهرها المناقصات والمزايدات العامـــة ، فإنـــه لـــم يقيـــد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلي اتصال هذا الأســـلوب بـــالمرافق العامة ، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزنا خاصا عند إبـــرام العقـــد . علي أنه إذا كان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعـــدل) قـــد بيـــن طريقـــة منـــح الامتيازات ، فإن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧(المعدل فيما بعد)هو الذي يتضـــمن الأحكام الموضوعية لعقود الامتياز في مصر .[١٨٢]

---

[١٨١] راجع " امتياز إنشاء خط سكك حديدية التابع لشركة الإسكندرية و الرملة للسكك الحديديـــة " مـــادة ٦ (ج١ ص٢١٦) ، امتياز توزيع الكهرباء في مدينة القاهرة مادة ١٦ (ج٢ ص٢٦٦) ، امتياز مدينة الإسماعيلية مـــادة ١٥ (ج٢ ص٣٣٩) ، امتياز مدينة السويس المادة ١٨ (ج٢ ص٤٠٩) ، امتياز استغلال الترام في بور سعيد المادة (ج٣ ص٥٤١) ، امتياز زفتي المادة ٧ (ج٣ ص٦٤٦) ... الخ وراجع أيضا المادة ٢٩ من كراسة شروط امتياز محطة الطاقة الكهربائية في مدينة الإسكندرية نوفمبر عام ١٩٣٩ م .

[١٨٢] أنظر مؤلف أ.د. سليمان الطماوى في الوجيز المرجع السابق ص٣٣٢ .

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد" أن الأساس الكامن في " قاعدة الاعتبار الشخصي " كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد ، يشكل وسيلة تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري لتحقيق الصالح العام " .(١٨٣)

وفي واقع الأمر تعتبر " قاعدة الاعتبار الشخصي " ذات أثر ملموس في نطاق نظرية العقد ، وهي تمثل حقيقة ثابتة في العقد الإداري. فالنفع العام "غاية" تسعى الجهات الإدارية لتحقيقها ، ويبدو واضحا التمسك بالاعتبار الشخصي في كل نوع من أنواع العقود الإدارية بدرجات متفاوتة ، ويكمن ذلك في ضوء ارتباط العقد بالمرفق العام ، ومن ثم يكون الاهتمام بشخصية المقاول أو المورد في عقود الأشغال العامة والتوريد محل اعتبار ، أما في عقد الامتياز فإن شخصية الملتزم تكون موضع اعتبار بالغ الأثر نظرا لما ينفرد به هذا العقد من خصائص وطبيعة ذاتية لارتباطه وصلته الوثيقة بالمرفق العام والنفع العام ومداه.

هذا وتولى الجهات المانحة اهتماما خاصا بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بالحرص الشديد على توافر عناصر الكفاية والقدرة المالية الخبرة الفنية وحسن السمعة بدرجة عالية في الملتزم للاطمئنان يقينا على حسن إدارة مرفق الامتياز لعشرات السنين ، *وهي أمور بالغة الأثر تجعل من هذه القاعدة أساسا فاعلا لدى اختيار الملتزم من خلال تأكد الإدارة مليا في قدرته على حمل مسئولية مرفق الامتياز وتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به في انتظام واطراد سنين عددا.*

ويلاحظ في هذا الصدد أن التعاقد عن غير طريق المناقصات العامة والممارسات العامة رهين بتحقق شرطين أساسين هما : ألا تلجأ الجهة الإدارية إلي الطريق الاستثنائي إلا بقرار مسبب من السلطة المختصة ، على أن يتضمن شرط التسبيب بيان الظروف الاستثنائية التي أدت إلي العدول عن الطريق الأصلي إلي غيره حسب الطبيعة الذاتية لهذا العقد وطبقا للعرف الإداري .(١٨٤)

---

(١٨٣) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة المرجع السابق ص٥٥ وما بعدها وأنظر رسالة الدكتوراه أ.د. سمير إسماعيل " الاعتبار الشخصي في التعاقد " مقدمة إلي كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ١٩٧٥ ص٧ .

(١٨٤) وتقول المحكمة الإدارية العليا بأن العرف الإداري تعبير يطلق على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين ، وينشأ من استمرار التزامها بهذه الأوضاع والسير على سنتها ما لم تعدل بقاعدة أخرى حكمها الصادر بتاريخ ٥ نوفمبر ١٩٥٠ من المجموعة الرسمية السنة الأولى ص٤١ وتقول محكمة القضاء الإداري في حكمها في القضية ٤٥١ السنة الرابعة المجموعة ص٦٩٧ " أن القول بضرورة التزام الإدارة باحترام العرف الإداري=

وتجيز أحكام المادتين من قانون المناقصات والمزايدات الجديد ٣،٥ التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة والممارسة المحدودة في حالات معينة حددها النص مما يندرج فيها نشاط وأعمال عقود الامتياز ، وتجيز المادة ٧ من القانون في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها بأن يتم التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر .

ولما كان اختيار المتعاقد في عقد الامتياز يتم أخذا بقاعدة الاعتبار الشخصي عن طريق المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر ، لذلك نتعرض لهذه الأنواع الثلاثة بالدراسة :

١) المناقصة المحدودة : يقتصر حق الاشتراك في هذا النوع من المناقصات على أشخاص أو بيوت خبرة معتمدة أسماؤها في سجلات أو كشوف تقررها الجهات الفنية بالوزارات والوحدات والمصالح الإدارية بعد التحري عنها لتميزها وكفايتها من النواحي الفنية والمالية وحسن السمعة ، ويدعى من لهم حق الاشتراك فيها .

وتقضي أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية في شأن المناقصة المحدودة بما يلي :

أ) يكون التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية ـ استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة ـ في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة.

=القائم لا يعني أن هذا العرف يؤبد تطبيقه دائما يعني فقط أن على الإدارة ألا تخالف هذا العرف في حالة فردية بالذات مع استمرار الالتزام في الحالات الأخرى ، فإن فعلت ذلك فإن نظرتها تكون في الواقع مخالفه لمبدأ المشروعية مع ما ترتب على ذلك من نتائج قانونيه ، وتستطيع الإدارة بل ومن حقها تغيير العرف السائد واستبداله بعرف آخر أو العدول عنه نهائيا إذا اقتضت المصلحة ذلك فإذا أقدمت الإدارة على مخالفة عرف سائد ولجأت إلي إنشاء قاعدة أفضل من السابقة فلا يعاب عليها ذلك ما دامت تهدف بعرفها الجديد العدول النهائي عن العرف القديم " أستاذنا الدكتور محمد كامل ليلة " الرقابة على أعمال الإدارة " ص٤٤، والمزيد من التفاصيل في مؤلف أستاذنا الدكتور رمضان محمد بطيخ في القضاء الإداري الطبعة الثانية ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٣٨ وما بعدها .

ب) استوجب المشرع في المادتين ١٠ ، ١٦ من القانون توافر الموازنة بين السعر والجودة لتمكين الإدارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية من خلال إلزام المتناقصين بتقديم عطاءاتهم في مظروفين أحدهما للعرض المالي ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا مع إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية . ويجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة على الأسباب التي يبنى عليها.

٢)<u>الممارسة المحدودة :</u>حددت المادة الخامسة من القانون الجديد بأن يكون التعاقد بطريقة الممارسة المحدودة في الحالات الآتية :

أ) الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم

ب) الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها من أماكن إنتاجها .

ج) الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

ويعد التعاقد بالممارسة من الأساليب المتميزة في اختيار المتعاقد فهذا الأسلوب يعتمد على المناقشات والمداولات كمحور أساسي بين المسئول عن التعاقد من جانب الإدارة وبين مقدمي العروض ، وتدور هذه الحوارات حول بنود التعاقد وشروطه ، وتسعى الإدارة للوصول إلى أفضل العطاءات <u>في المرحلة التمهيدية التي تجريها كخطوة أساسية سابقة على اختيار المتعاقد بغية تحقيق المصلحة العامة والتقريب بين وجهات النظر المختلفة</u>[١٨٥]

٣) <u>الاتفاق المباشر :</u> نصت المادة الأولى من القانون بجواز التعاقد بالاتفاق المباشر استثناء من الأصل العام في التعاقد وذلك بموجب قرار مسبب من السلطة المختصة ، وتقضى المادة السابعة بأنه يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها ، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة أو من الوزير المختص أو المحافظ

---

[١٨٥] انظر د. محمد أحمد عبد النعيم مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١٥٣.

في حدود معينة ، ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما يجاوز تلك الحدود .

كما يجوز لوزارتي الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتهما حالة الضرورة التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر وبالأوضاع والقواعد المقررة بالمادة ٨ من القانون ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر وذلك وفقا للشروط والقواعد التي يحددها .

وقد حمل القانون الجديد في مادته الأولى تطورا هاما بشأن كيفية تعامل الإدارة مع تقنيات الإبرام بأن يكون التعاقد علي شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال والنقل أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق المناقصات أو الممارسات العامة، *وأجاز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة* أن يكون التعاقد بالممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر في حالات معينة وبشروط خاصة ،،، وبهذا جعل المشرع من الممارسة العامة تقنية رئيسية كما أوجد الممارسة المحدودة، والمعلوم أن الممارسة العامة تخضع لقواعد العلانية ، أما الممارسة المحدودة فلا تخضع لهذه القواعد بل تتم العلانية المؤدية للمنافسة فيها عن طريق إرسال خطابات موصى عليها تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة أو الممارسة العامة. [١٨٦]

ولا يعني الاختلاف في أسلوب الإعلان نفي وجود منافسة عند اللجوء إلى الممارسة المحدودة، بل هي قائمة في الحالتين، فقد أكد المشرع في حالة الممارسة المحدودة ضرورة استقطاب أكبر عدد من المتنافسين المشتغلين في موضوع الأداءات المطروحة ، مما يعكس حرص المشرع بأن لا تكون الممارسة مجالا للمحاباة والتمييز إعمالا لمقتضى المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية.

أما الاتفاق المباشر فيقوم على التفاوض شأن الممارسة ، ويتمثل وجه الاختلاف في أن التفاوض في الممارسة يتم بعد استيفاء إجراءات العلانية ، بينما يحق للإدارة في الاتفاق المباشر اللجوء إلي متعاقد معين والتفاوض معه توصلا إلى أفضل الشروط لإبرام العقد.

---

[١٨٦] إذا صدر القرار دون تسبيبه فإن الإجراء يكون باطلا وكذلك العقد الذي يبرم استنادا إليه.

وفي الاتفاق المباشر يتعين توافر شرطين:

- حالة الاستعجال التي تجعل إجراءات المناقصة أو الممارسة غير ممكن طبقاً للمادة السابعة من القانون، ومعيار الاستعجال كما رأت المحكمة الإدارية العليا معيار موضوعي تقدره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء، وذلك في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي تعكس ضرراً محتمل الحدوث فيما لو تأخر ابرام العقد إلى الأجل الذي تستلزمه الإجراءات الأخرى.
- الإذن حيث لا يمكن للجهة الإدارية أن تلجأ إلي الاتفاق المباشر إلا بناء على تراخيص صادرة من سلطات وفي حدود مالية معينة نص عليها القانون.

وقد أباح المشرع لرئيس الوزراء الإذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر دون التقيد بسقف محدد في حالات الضرورة القصوى، وله في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات ترتبط بطبيعة نشاط تلك الجهة بالتعاقد بالاتفاق المباشر وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها [١٨٧].

وفى ضوء ما سبق يمكن القول بأن اختيار المتعاقد في عقد الامتياز في مصر، يأخذ بمبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد. كقاعدة عامة. إلتزاماً بمبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز.

---

[١٨٧] مؤلف م. عليوة فتح الباب " الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات" ١٩٩٩ كوميت ،وقد وجه الكثير من الانتقادات للحد من سلطات رئيس مجلس الوزراء في هذا الشأن (مضبطة مجلس الشعب جلسة ٨٢ في ١٩٩٨/٥/٦-ص١٤) ،لا سيما أن اعتبارات الضرورة عبارات فضفاضة ومرجع تقديرها يكون لرئيس مجلس الوزراء وحده.

المبحث الثاني
إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم :

تناولنا بالدراسة في المبحث الأول كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد امتياز المرفق العام ، أما الخطوات اللاحقة لذلك فقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري فيما يلي : [١٨٨]

" إن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري ، ومن بعدها يُبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة وإعداد شروط التعاقد . وتتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عمليات أكثر تعقيداً منها في العقود المبرمة بين الأفراد ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة الإدارة التي تكون طرفاً في العقد الإداري فالعقد المدني ينشأ بمجرد تلاقي رضاء كلٍ من طرفي العقد برضاء الآخر.

وإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص ، إلا أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة ، وقد تكون على مراحل متعددة ، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال . وعادة ما يسبق ذات التصرف ، الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده ، وطبيعي أن يكون إبرام العقد الإداري مسبوقاً في العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات . وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد ، لا يمكن أن يُولد في حد ذاته رابطة عقدية . . . ".

---

(١٨٨) حكمها بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (س١١ ، ص١٠٦).

ثم عادت المحكمة إلي تكرار المبادئ السابقة بشكل أكثر تفصيلاً في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

" إن للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيودٌ منها ما يتعلق بشكل العقد وموضوعة والنصوص التي تتضمنه ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد جهة الإدارة التعاقد معه كما أنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ويشترط في البعض الآخر العرض على الهيئة التشريعية وصدور قانون بشأنها ويضاف إلي هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانين واللوائح وعليها كذلك أن تسلك سبلاً معينة للتعاقد وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد ومن العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون العقد مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص... ".[١٨٩]

وفي ضوء ما تقدم ندرس القيود والإجراءات اللازمة لابرام عقد امتياز المرفق العام ، أما صياغة بنود العقد فسوف ندرسها تفصيلاً في الفصل الثاني(كيفية إختيار المتعاقد في ظل نظام الـ*B.O.T.*) نظراً لوحدة الصياغة القانونية وأهميتها وارتباطها بالمفاوضات كإجراء لازم في المرحلة السابقة على إبرام عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ، ولذلك ينقسم هذا المبحث إلي مطلبين كما يلي :

المطلب الأول

" القيود السابقة على إبرام عقد الامتياز " .

المطلب الثاني

" دور الشكل في إبرام عقد الامتياز " .

---

(١٨٩) أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق ص٢٩٩، ٣٠٠.

المطلب الأول
" القيود السابقة على إبرام عقد الامتياز "

تتبلور أهم القيود التي يتعين على الإدارة استيفائها قبل إبرام عقد امتياز المرفق العام في بندين هما الإذن المالي والاستشارات السابقة [190]:

الإذن المالي

لا تستطيع الإدارة أن تتعاقد إلا إذا وجد الاعتماد المالي ،ويرتب القضاء الفرنسي على الفصل بين مجالي كل من القانون المالي والقانون الإداري النتيجتين التاليتين:

الأولى: أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان التصرف الإداري ، ومن ثم إذا تعاقدت الإدارة رغم عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد سواء أكان الاعتماد غير موجود كلية أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به ، وبهذا المبدأ يقضي مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء امتناع الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفة الإدارة للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية .[191]

ولكن عدم وجود الاعتماد المالي في فرنسا يترتب عليه أثر عملي هام في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، ذلك أنه لا يستطيع إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المقررة .[192]

ولقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا في مصر أن تضع مبادئ واضحة في هذا الخصوص بحكمها الصادر في ١١ فبراير سنة ١٩٥٦ حيث تقول : "... فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد

---

(١٩٠) أ.د. الطماوى المرجع السابق ص٣٠١ ، أ. د. /محمد حلمي مراد " مالية الدولة " ١٩٥٧ ص ٢٠.

(١٩١) مؤلف جيز في العقود الجزء الأول ص١٥ وانظر مؤلف الفقيهين لافرير وفالين بعنوان :
« Traité élémentaire de Science et de Législation Financières »

(١٩٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٤ فبراير ١٩٤٩ في قضية *Vallaret* المجموعة ص٥٢.

المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وإنما تستوجب المسئولية السياسية ، وعلة ذلك ظاهرة وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة . ويجب من ناحية حماية هذا الغير ، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها . ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة " .[١٩٣]

الثانية : أن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد - في الحالات التي يتعين فيها على جهة الإدارة المتعاقدة الحصول عليها مقدما - لا يلزم الإدارة بالتعاقد سواء أكان هذا الاعتماد في صورة قانون من البرلمان أو قرار مجلس من المجالس ، فبالرغم من صدوره فإن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد إذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك ففتح الاعتماد ليس إلا مجرد إذن غير ملزم بالصرف.

الاستشارات السابقة علي التعاقد :

يوجد في فرنسا نوعان من الاستشارات:

الأولى: تسمي الاستشارات التلقائية والتي لا تعتبر من قبيل المشاركة في الاختصاص مع الجهة المختصة.

الثانية: تسمي الاستشارات الوجوبية وقد ثار خلاف بالنسبة للرأي الاستشاري الوجوبي عضوياً وموضوعياً، وانقسم إلي اتجاهين:-

(١٩٣) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة الأولى ، ص٦٩٨

- الاتجاه الأول: أن الرأي الاستشاري الوجوبي لا يغير في توزيع الاختصاص بين الجهة طالبة الاستشارة والجهة الاستشارية، ويبقي التصرف مسنداً إلي الجهة المختصة لكونها المسئولة عن آثاره الواقعية والقانونية.
- الاتجاه الثاني: أن الرأي الاستشاري الوجوبي ما هو إلا تقسيم للاختصاص، فالسلطة المختصة لا يمكن أن تتخذ هذا القرار إلا عن طريق سلوك درب المشورة فالقرار يُتّخذ بالتعاون بين السلطة الإدارية المختصة والتنظيم الاستشاري.

وفي مصر يفرض المشرع في أحوال عديدة على الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد استشارة جهة معينة لاعتبارات فنية أو مالية ، وبمقتضى المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة (إدارة الفتوى) .

والقوة الإلزامية للاستشارات التي تجريها الإدارة قبل التعاقد علي نوعين :

النوع الأول : غير ملزم وهذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك، وتجدر الإشارة إلي ملاحظة أساسية هي ضرورة التمييز بين طلب أخذ الرأي من ناحية، والالتزام به موضوعياً من ناحية أخرى، فإذا فرض المشرع على جهة الإدارة الراغبة في التعاقد الاستشارة قبل إجراء التعاقد فإنها تغدو ملزمة باستيفاء هذا الإجراء وإلا كان القرار الصادر منها باطلاً.

النوع الثاني : فهو ملزم للإدارة بمعنى أن المشرع يُلزم جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بأخذ رأى الجهة التي يحددها والعمل بهذا الرأي أيضاً . وفي هذه الحالة تأخذ الاستشارة حكم التصريح بالتعاقد .(١٩٤)

---

(١٩٤) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود الإدارية المرجع السابق ص٢٨٦،٢٨٧

المطلب الثاني

" دور الشكل في إبرام عقد الامتياز "

ندرس في هذا المطلب : شرط الكتابة ؛ وأنواع الوثائق المكتوبة ؛ والشروط الملزمة في عقد الامتياز وذلك في بنود ثلاثة: (١٩٥)

أولاً : شرط الكتابة في عقد الامتياز :الأصل العام في عقود الإدارة هو إخضاعها لقاعدة الحرية « *La libertée contractuel* » فالإدارة تستطيع التحلل من الشكل الكتابي للعقود الإدارية ، ولكن هذه الشكلية تفرضها الطبيعة الذاتية في عقود الامتياز إذ من العسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم وكيفية تصفيه الامتياز ٠٠ الخ،،، وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في حالة عدم وجود عقد كتابي للقول بانعدام عقد الامتياز ويرتب على الشكل الكتابي نتائج بالغة الخطورة منها أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ولا يمكن إنكار ما به إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وهذه القاعدة معمول بها في مصر.(١٩٦)

ثانياً : أنواع الوثائق المكتوبة في عقد الامتياز : من المسلم أن عقود الإدارة غالباً ما تتضمن عدة وثائق « *Pièces du Marches* » تحتوى على شروط تعد جزءاً لا يتجزأ من العقد ، وأهم الوثائق المكتوبة هي دفاتر الشروط التي تتعدد حسب نوع العقد ، وقد اتجه المشرع الفرنسي في تطوره التشريعي إلي توحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تتناول عقداً بعينه بالنسبة إلي جميع الوزارات والمصالح في الدولة(١٩٧)وتستقل جهة الإدارة بوضع شروطها مقدماً ويطلق عليها اصطلاح دفاتر الشروط (بأنواعها المختلفة) .كما توجد وثائق أخرى منها قوائم الأسعار أو

---

(١٩٥) أنظر أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص٢٨٨ وما بعدها ومؤلف أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق ص٣٧٣ وما بعدها .

(١٩٦) أنظر مؤلف دى لوبادير في العقود المرجع السابق ص٢٤٠ الجزء الأول .

(١٩٧) نص مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ الخاص بعقود الدولة " عن أنه " للجنة الوطنية للعقود العامة ، أن تعد بالنسبة لعقود التوريد وعقود الأشغال العامة دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تحكم جميع تلك العقود تكون ملزمة لجميع الوزارات والمصالح في الدولة بواسطة قرار من وزير المالية بحيث لا يجوز الخروج على هذه الدفاتر النموذجية *Cahiers Types* إلا بعلم اللجنة الاستشارية للعقود وتنفيذاً لهذه الفكرة ، صدر مرسوم ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ بإنشاء لجنة عليا للعقود العامة مهمتها تحقيق التوحيد المشار إليه في مرسوم ٦ أبريل ١٩٤٢.

جداول الفئات(بأنواعها المختلفة) التي توضح كيفية تقدير الإدارة أسعار الأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها، ومثل ذلك قوائم الأجور في المشروع.

ومن الوثائق محل الاعتبار الكراسات التي تحوى تفصيلات تقديرية « *Le détail estimatif* » وهي دراسة جدوى المشروع حيث يمكن الاستناد إليها في تقدير المقابل النقدي المستحق للمتعاقد[١٩٨].

وقد أثار تنوع وثائق التعاقد مشكلة التعارض بينها وإن كانت القاعدة المتبعة في هذا الشأن هي : " أن الأحكام الواردة بدفاتر الشروط الخاصة يمكنها أن تعدل من الأحكام الواردة بدفاتر الشروط العامة ، إعمالا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن الخاص يقيد العام"، وفي محاولة للتغلب على هذا التعارض شاع اتجاه التوحيد والتنسيق بين مختلف الوثائق الملحقة بالعقود الإدارية المتشابهة في كل من فرنسا ومصر.

وتعد دفاتر الشروط النموذجية أحكاماً عامة تطبق على عقد الالتزام بالإحالة إليها صراحة ضمن محرر العقد ذاته، ويخضع التكييف القانوني لدفتر الشروط لما يخضع له التكييف القانوني لعقد الالتزام ككل ، من حيث أنه عمل مركب يحتوى على شروط تنظيمية وتعاقدية في آن واحد، وهذا يعنى أن التعديلات الطارئة على دفاتر الشروط النموذجية تطبق على العقود السارية وقت نفاذها ذلك حين تنصب التعديلات على الشروط التنظيمية، أما إذا انصبت على الشروط التعاقدية، فإنها تطبق على العلاقات التعاقدية التي ستبرم في ظلها فقط.[١٩٩]

---

(٢٠٠) فهناك دفاتر الشروط والمواصفات العامة (للوزارة أو المصلحة) *Les cahiers Des clauses et conditions générales* ويرمز إليها بالحروف *C.C.G* حيث تحدد تلك الدفاتر الشروط التي تنطبق على جميع العقود التي تبرمها وزارة أو مصلحة معينة ومثالها دفاتر الشروط العامة والمواصفات المتعلقة بوزارة الحربية أو بمصلحة المباني .. الخ . كما يوجد كذلك دفاتر الشروط الخاصة بنوع واحد من العقود *Les Cahiers prescriptions communes* والتي يرمز إليها بالحروف *C.P.C* وهذه الدفاتر لا تتعلق بوزارة أو مصلحة معينة كالنوع السابق ولكنها تتخصص كما يقرر أستاذنا الدكتور الطماوى بنوع بعينه من العقود . وأيضاً توجد دفاتر الشروط الخاصة *Les cahiers des prescriptions spéciale* ويرمز لها بالحروف *C.P.S.* وتعد هذه الدفاتر أشد أنواع الدفاتر تخصيصا ، فهي تحوى على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه ، فمهمة هذه الدفاتر أنها تكمل ما يكون من نقص في النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة إلي العقد المراد إبرامه . يراجع في هذا الخصوص مطول الفقيه " دى لوبادير " في العقود ، المرجع السابق " الجزء الأول ، ص ٣٤٩ وما بعدها و أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود ص ٢٩١.

(١٩٩) *Madiot. Y,op.cit,p152 ets*، رسالة الدكتور مهند مختار ص ٣٣٩

ومن أحدث القواعد الصادرة في مجال تقنين مظاهر الرغبة في التنسيق والتوحيد يهدف تحقيق الانضباط في مجال تأمين المشروعات ما نص عليه قانون المناقصات والمزايدات الجديد ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في مصر من وجوب امتداد نطاق سريان أحكامه على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الإدارة المحلية وكذلك الهيئات العامة.[٢٠٠]

وقد اتخذت عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في مصر اتجاه التوحيد والتنسيق بين مختلف الوثائق الملحقة بالعقود الخاصة بإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول الصادرة بالتطبيق لحكم القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ ،وهذه العقود ليست فقط متشابهة بل متماثلة لكونها تخص نشاطا واحدا.

وفي شرط الكتابة أفتت الجمعية العمومية بوجوب تحرير العقد باللغة العربية استناداً إلي القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٨ الذي أوجب تحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المحررات والوثائق باللغة العربية ، ولا يحول ذلك دون وجود ترجمة أجنبية للعقد إلي جانب اللغة العربية .[٢٠١]

ثالثاً : الشروط الملزمة : إن حرية الإدارة في صياغة وإنشاء العقد الإداري يحدها من ناحية أخري وجود شروط ملزمة فالقوانين واللوائح والقرارات الوزارية توجب علي الإدارة إدراج شروطها في العقد ومثالها الشروط المتعلقة بظروف العمل وكذلك الواردة بالقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية باعتبارها جزءاً مكملاً للعقد .

ومن الشروط العامة ما يتعلق بطبيعة النظام القانوني الذي يخضع له العقد وهناك نصوص متعلقة بشروط وإجراءات إبرام العقد وهي ذات طبيعة لائحية ملزمة للإدارة وتعتبر الوثائق الملحقة بالعقد والشروط المبينة فيها جزءاً لا يتجزأ من العقد.

---

[٢٠٠] تقضي المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٨٩لسنة ١٩٩٨ على أنه يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة ووحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

[٢٠١] فتوى الجمعية العمومية رقم ٤٥٧ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٣ جلسة ١٩٨٦/٣/١٩ ملف رقم ٦٨-٤-١٠٤٢ السنتان ٤٠،٣٩ ق مبدأ ٢٧ب .

وخلاصة القول أن ابرام العقود الإدارية يتميز بخصائص لا نظير له في مجال عقود القانون الخاص بدءاً من الاعتماد المالي والي التعبير عن الإرادة ثم إجراءات التعاقد بمراحلها المختلفة وأخيراً صياغة نصوص العقد والتصريح بالتعاقد وانتهاءً بالتوقيع عليه ، ولهذا يتعين الرجوع الي القوانين واللوائح السارية المفعول في مراحل ابرام العقد ، ويظل الأساس لكل عقد اداري أو عقد خاص تبرمه الإدارة هو قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.[٢٠٢]

---

(٢٠٢) أنظر مؤلف أ.د. سعاد الشرقاوي في العقود المرجع السابق ص٣٤٠ وما بعدها وص٣٥٢ و ٣٥٣ .

المبحث الثالث
" الترخيص بإبرام عقد الامتياز "

تمهيد و تقسيم : [٢٠٣]

يستلزم المشرع بالنسبة إلي بعض العقود الهامة ضرورة حصول جهة الإدارة على إذن بالتعاقد ، ولا تستطيع الإدارة التعاقد كلية بدونه فالتعاقد بدون الحصول على هذا الإذن يؤدى إلي بطلان العقد بطلانا مطلقا .

والمسلم في الفقه الإداري الفرنسي أن الإذن السابق هو قاعدة متعلقة بالنظام العام وتتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا ، ولا وجه للمقارنة بالقواعد المقررة لحماية ناقصي الأهلية في القانون الخاص .[٢٠٤]

وبهذا المبدأ أفتي قسم الرأي بمجلس الدولة المصري بقوله :"فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون منعدمة إطلاقا إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة ، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له في نظر القانون وإنما هو واقعة مادية بحتة وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار.[٢٠٥]

---

(٢٠٣) مؤلف أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق ص٣٠٥ وما بعدها

(٢٠٤) جيز في مؤلفة القانون الإداري الجزء الثالث ص٢١،٣١، ودي لوبادير المرجع السابق ص١٤٧.

(٢٠٥) فتوى في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ . مجموعة فتاوى المجلس السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ص٢٢٦ . وقد استطردت الفتوى تقول : " ... إلا أن هذه الآثار " آثار الانعدام " تقف عند الآثار المستقبلة دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة . هذا البطلان لا تصححه الإجازة حتى ولو كانت بقانون ، ومن ثم إذا رأت الدولة تبعا لتقديرها إعطاء إحدى الجمعيات قطعة أرض بإيجار إسمى ، فلها أن تصدر قانونا بإبرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة .. " ، واعتبرت الفتوى أن هذا المبدأ مبدأ دستوريا لا يسقط بسقوط الدستور . فتواه رقم ٣٦٠ الصادرة في ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ المجموعة السابقة ص٤٦ وهي فتوى قسم الرأي مجتمعا مجموعة الأستاذ سمير أبو شادي ص٩٦ والعميد الطماوى المرجع السابق ص٣٠٨ .

هذا وبصدور الإذن بإبرام عقد الامتياز تستطيع الإدارة التعبير عن إرادتها من خلال طائفة من الإجراءات والمراحل التمهيدية . ونتعرض هنا لدراسة التصريح (أو الإذن) بالتعاقد ، والآثار المترتبة علي إبرام العقد أو التخلف عن إبرامه وذلك في مطلبين هما :

المطلب الأول

" التصريح (أو الإذن) بالتعاقد " .

المطلب الثاني

" آثار إبرام عقد الامتياز أو التخلف عن إبرامه " .

المطلب الأول

" التصريح (أو الإذن) بالتعاقد "

إن إنشاء امتياز المرفق العام يعنى بداءة أن هناك حاجات جماعية بلغت حداً من الأهمية تقتضي تدخل الإدارة لإنشاء مرفق عام ، وبالتالي استخدام وسائل القانون العام ، وينطوي هذا التدخل بطبيعة الحال على قدرٍ كبير من المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم إذا ما عهد لشخص عادى بمهمة إدارة مرفق عام لتحقيق هذه الغاية . ويقتضي الأمر والحال كذلك أن يحاط عقد الامتياز ونظامه الأساسي بقدر كبير من الضمانات والشروط للتأكد من أن هذا المساس له ما يبرره . (٢٠٦)

والمسلم في فرنسا أن موافقة الهيئات الحاكمة على إنشاء مرفق عام وإدارته بطريق الامتياز فضلاً عن تقرير القواعد والشروط والأوضاع المتعلقة بتنظيم المرفق وتسييره ابتداءً هي بمثابة إجراءات يتم صدورها في مراحل سابقة على اختيار الملتزم وإبرام العقد معه. فالرأي الذي اعتنقه الفقه التقليدي في فرنسا إبان ذلك: أن إنشاء مرفق الامتياز يكون بقانون أو بناءً على قانون .

على أن هذه القاعدة التي غدت تقليدية قُلبت رأسا على عقب بموجب دستور علم ١٩٥٨ (دستور ديجول) وفق خطة جديدة تمثلت في تحديد الأمور التي يتعين أن ينظمها المشرع تفصيلياً ، وتلك التي يجب أن يضع المشرع أسسها العامة (المادة ٣٤ من الدستور) وما عدا ذلك من الأمور يندرج في مجال اللوائح (مادة ٣٧) .

وفي هذا المقام لم تذكر المادة ٣٤ من الدستور أن إنشاء المرافق العامة هي من بين الأمور المخصصة للمجلس التشريعي، والنتيجة المنطقية أن إنشاء مرافق الامتياز أضحى من الموضوعات الإدارية التي تختص بها الإدارة ، وليس للبرلمان أن يتدخل فيها إلا إذا تطلب الأمر الموافقة على اعتمادات مالية جديدة . وفي حالة إلغاء مرفق الامتياز تكون طريقة الإلغاء هي بعينها طريقة الإنشاء ، وذلك يعنى أن مرفق الامتياز الذي أنشئ بقانون لا يمكن إلغاؤه إلا بقانون ، وبالتالي فالمرافق التي أنشئت بناء على قانون أو بقرار إداري تستطيع الهيئات المختصة التي أنشأتها أن تلغيها بذات أداة إنشائها .

---

(٢٠٦) لمزيد من التفاصيل يراجع مؤلف أستاذنا العميد المرحوم الدكتور الطماوى في الوجيز المرجع السابق ص٣٠٠.

وفي مصر لم ينص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشـأن التزامات المرافـق العامة على كيفية منح الالتزام (أو الامتياز) ، **وهل يتم ذلك بمجرد الاتفاق بين الإدارة والملتزم أم لابد من موافقة البرلمان في ضوء صياغة نص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ وتقضي بأن : " كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلي زمن محدد " .**

وحينذاك اختلف الرأي بصدد عبارة " بقانون " التي وردت بالنص هل يقصد منها صدور قانون في كل حالة يراد فيها منح امتياز كما هو المدلول اللفظي لهذه العبارة أم يكتفي بقرارات إدارية : قرار مجلس وزراء أو مجلس مديرية أو مجلس بلدي لا سيما أن المقابل الفرنسي لعبارة بقانون « *Qu'en vertu de la loi* » ترجمتها الدقيقة " بمقتضى القانون " ، وهي تبيح للبرلمان أن يخول الحكومة سلطة منح التزامات مرافق عامة .

فاستقر الرأي في ظل دستور ١٩٢٣ وبعد سقوطه على اشتراط صدور قانون لمنح التزام قومي خاص وقد خلا الدستور المؤقت الصادر في ١٠ فبراير ١٩٥٣ من أي نص يتعلق بذلك .[٢٠٧]

---

[٢٠٧]"نظرا لأهمية الامتياز باعتبار أنه يخول فردا عاما أو شركة الحلول محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله ، وغالبا ما يكون ذلك عن طريق الاحتكار القانوني أو الفعلي فقد بات من الضروري إخضاع الملتزم في إدارة المشروع واستغلاله لكافة القواعد الضابطة لسير المرافق العامة من ناحية أخرى فقد أوجب هذا الاعتبار ضرورة تنظيم نوع من الرقابة على الإدارة ذاتها في منحها لالتزامات استغلال المرافق العامة لأن بعض شركات الامتياز القوية ، لاسيما إذا تغلغل فيها العنصر الأجنبي تمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة وسيادتها ومن ثم فقد كان هذا هو الدافع الأساسي وراء صياغة نص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ . وقد اعتنقت محكمة القضاء الإداري في مصر وجهة النظر التي تستلزم صدور قانون في كل حالة يراد فيها منح التزام عام (حكمها بتاريخ ٢٤ يونيو ١٩٥٦ مجموعة السنة العاشرة ص ٣٦٥) وعند سقوط دستور ١٩٢٣ واجتماع السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد مجلس الوزراء خلال فترة الانتقال وفقا للدستور المؤقت الأول الصادر عام ١٩٥٣فقد استمر العمل على منح الامتياز بمقتضى قانون خاص يصدر في كل حالة على حده ، بل إن الجمعية العمومية لقسم الرأي بمجلس الدولة أفتت في١٩٥٤/١١/٢٨ (فتوى رقم ٩٤٤ مجموعة الأستاذ أبو شادي ص ٤٦) بأنه " ولو أن الدستور المؤقت الصادر في ١٠ فبراير ١٩٥٣ قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ويبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضي بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية في هذا الخصوص غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية العامة "وأ. د.الطماوي في العقود ص١١٢.

ويلاحظ من صياغة الدساتير المصرية في الأعـوام ١٩٥٦ ، ١٩٥٨ ، ١٩٦٤ ، ١٩٧١ ما يلي :

- دستور ١٩٥٦ :نصت المادتين ٩٨ ، ٩٩ على ما يأتي :

مادة ٩٨ : " ينظم القانون القواعد الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقـة باسـتغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة " .

- مادة ٩٩ : " لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلي زمن محدود " .

وفي مقام التعليق على النصين نجد أن المشرع الدستوري فرق بين حالتين :

الحالة الأولى : حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكارا حينئذ لا يمكـن منـح الالتزام إلا بموجب قانون وفي كل حالة على حده .

الحالة الثانية : حالة ألا يتضمـن الامتيـاز احتكارا وقـد أحـال الدسـتـور إلـي " قانون عام " يصدر بذلك مبينا كيفية منح الامتيازات باسـتـغلال الموارد الطبيعيـة و المرافق العـامة ، ويكون منح الامتياز بقرار إداري (قـرار جمـهوري) وهـذا الاتجـاه يتميز بتبسيط الإجراءات والابتعاد عن البطء باستصدار قانون بخصوص كل امتياز على حده .

- دستور ١٩٥٨ (المؤقت) :نصت المادة ٣٠ منه على أنه " لا يجوز منح احتكـار إلا بقانون وإلي زمن مـحدود " ، ثم صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ونص فـي المادة الأولى منه على أنـه " يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الـثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أي تعديل في شـروط الامتيـاز يتعلـق بشـخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العـائدات) بقـرار مـن رئيـس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ، ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشـروط بقـرار من الوزير المختص " .

وقد أضاف المشرع فقرة ثالثة إلي هذا القانون بالقانون رقم ١٥٢ لسـنة ١٩٦٠ نصها ما يلي : " على أنه بالنسبة إلي موارد الثروة المائية ومناطق صيـد الطيـور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديـل شـروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " .[٢٠٨]

---

[٢٠٨] جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون (١٥٢ لسنة ١٩٦٠) أن إعمال حكم القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ على إطلاقه بالنسبة إلي الثروة المائية ومناطق صيد الطيور سيؤدى إلي عدم إمكان تأجيرها في الوقت المناسب لأن المناطق=

وإنه بمقتضى ذلك يتعين منح الاحتكارات بقانون ومنح الامتيازات التي لا تتضمن احتكارا بقرارات جمهورية بشرط موافقة مجلس الأمة مقدما .

- دستوري ١٩٦٤ ، ١٩٧١ : تنص المادة ٧٤ من دستور ١٩٦٤ والمادة ١٢٣من دستور ١٩٧١ على أنه:" ينظم القانون القواعد الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...إلخ.

ونظرا لعدم صدور القانون المشار إليه في المادتين السابقتين لذا فإن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) هو الذي ينطبق في هذا الخصوص ، ومن ثم يكون منح الالتزامات بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب .

=التابعة لوزارة الحربية تزيد على مائة وخمسين منطقة يتراوح إيجارها السنوي بين ثلاثة جنيهات وعشرين ألف جنية ، ومنها ما يؤجر موسميا لبضعة اشهر . لذلك رؤى تيسيرا لاستغلال هذه المناطق تعديل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بحيث يكون منح امتيازها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " يراجع في هذا الصدد مؤلف أستاذنا الدكتور الطماوى في العقود . المرجع السابق ص ١١٦

المطلب الثاني

" آثار إبرام عقد الامتياز أو التخلف عن إبرامه "

* الآثار المترتبة على إبرام العقد : يسبق إبرام معظم العقود الإدارية مقدمات ومراحل تمهيدية ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٣ديسمبر ١٩٥٦:

" أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبه متشابكة ، وقد يكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده وطبيعي أن يكون العقد الإداري مسبوقًا في العمل بمرحله تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات ، وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطه "تعاقديه" بل وحتى عبارات القبول المؤقت التي تصدر من بعض الموظفين الإداريين ممن ليست لهم ولاية الإبرام ويكون قد نيط بهم إجراء تلك المفاوضات لا يمكن أن تنشأ عنها رابطه عقديه " .

ويترتب على القاعدة السابقة فإن التزامات الإدارة العقدية لا تترتب إلا ابتداءً من تاريخ القرار الصادر بإبرام العقد ، فإذا تم التعاقد عن طريق مناقصة أو مزايدة عامه ، فإن المتناقص يظل ملتزماً بعطائه طوال المدة المقررة للبت في المناقصة فلا يستطيع أن يرجع في ذلك العطاء خلال هذه المدة.

وإذا كان الأصل أن مقدمات التعاقد التي تسبق عملية التوقيع من السلطة المختصة لا أثر لها ، فإن ذلك لا يعني عدم احتواء القانون الإداري على فكرة (الوعد بالتعاقد) المعروفة في القانون الخاص *« Les Promesses ou Avant Contrats »* فالإدارة كما هو الشأن بالنسبة إلي الأفراد قد تدعوها الحاجة إلي إبرام اتفاقات وعد بالتعاقد إذا توافرت ظروف معينه ، وحينئذ يكون هذا الاتفاق عقداً مستقلاً وملزماً

متى استوفي الشروط اللازمة لقيام العقد وسلامته ، ويتعين حتى يغدو ملزماً للإدارة أن يتوافر في الوعد بالتعاقد الشروط الآتية:

١) يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد « *Un Engagement Définitif* » وليس مجرد مشاورات مبدئية « *De Simples Pour parlers* » .[٢٠٩]

٢) ألا يكون إبرام العقد النهائي قد علق على شروط لم تتحقق عملاً .[٢١٠]

٣) يجب أن يكون الوعد قد صدر من الإدارة المختصة بإبرام العقد النهائي .

٤) ومن المسلم أن نفاذ العقد يبدأ من تاريخ توقيع السلطة المختصة على العقد ويُرجع إلي هذا التاريخ للحكم على مدى سلامة هذا العقد ، ومنه تبدأ المدد المحددة للطرف الآخر لتنفيذ التزاماته التعاقدية .

* آثار التخلف عن إبرام العقد :تملك الإدارة سلطة تقديرية في إبرام عقودها فحتى لحظة توقيع العقد تستطيع الإدارة أن تمتنع عن التوقيع إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك فاختيار لجنة البت لأحد المتناقصين لا يلزم الإدارة بالتعاقد ، وبذلك فإن عدم التوقيع على العقد من السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة مهما سبقها من مقدمات ما لم يكن قد تم بينهما وعد بالتعاقد .

ولا يعني انعدام الرابطة العقدية حرمان الشخص من التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء نكول الإدارة عن التعاقد استناداً إلي أحد أساسين :

١) *إما على أساس الخطأ*:إذا ثبت أن امتناع الإدارة قد انطوى على خطأ ومثال ذلك أمام القضاء الإداري أن يتعجل العمدة " *Maires* " فيأمر أحد الأفراد بالبدء في تنفيذ عقد قبل أن يصدر المجلس قراره الخاص بالتعاقد سواء عن إهمال أو كان مصطبغاً بصبغة العمد عن طريق الإيعاز إلي جهة الوصاية بعدم الموافقة على التعاقد.

٢) *وإما على أساس الإثراء بلا سبب* : إذا بدأ المتعاقد في تنفيذ عقده قبل أن توقعه الإدارة . ويجرى قضاء مجلس الدولة على تعويض المتعاقد بشرطين :

الأول : أن تكون الأعمال التي نفذها المتعاقد قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة.

---

[٢٠٩] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٤مارس ١٩٢٣ في قضية *Borda* المجموعة ص٢٤٨ ، ٢فبراير ١٩٤٠ في قضية *Consorts Ducos* ص٤٢ ، ٨ مارس ١٩٥٠ في قضية *Merlin* ص١٤٨.

[٢١٠] حكم المجلس الصادر في ١٣يوليو ١٩٢٢ في قضية *Henry* المجموعة ص٦٠٩.

الثاني: أن تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال على الأقل بطريقه ضمنيه فإذا كانت الإدارة قد عارضت في تنفيذ تلك الأعمال أو أنذرت المتعاقد بأنه يتصرف على مسئوليته فإن مجلس الدولة يرفض الحكم بالتعويض .[٢١١]

****

[٢١١] أستاذنا الدكتور الطماوى المرجع السابق في العقود والأحكام مشار إليها فيه ص٣٣١ وما بعدها.

الفصل الثاني
" كيفية اختيار المتعاقد
في ظل نظام الـ *B.O.T.* "

تقديم وتقسيم :

تقوم الإدارة باختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* طبقاً لقواعد وإجراءات تتراوح ما بين الخضوع لقانون خاص، وبين اتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات كلها أو بعضها حسبما تتطلبه طبيعة التعاقد وموافقة السلطة المختصة .

فالقوانين والقرارات الصادرة بشأن نظام امتياز الـ*B.O.T.* تنصب بصفة أساسية علي تحديد الجهة الإدارية المختصة وبيان حقها في الإشراف والرقابة والتوجيه لدى إنشاء المرفق، وأثناء إدارته وصيانته وحق الإدارة في مراجعة أسعار أداء الخدمات وتعديلها ، وما يؤول من حصيلتها للملتزم ، وما يخصص منها للصيانة الدورية حتى يعود المرفق إلي الجهة الإدارية في حالة صالحة لتشغيله بعد نهاية مدته وانتقال ملكيته للدولة .

وحيث يرى في بعض الأحوال منح الملتزم مزايا وحوافز وإعفاءات، فإنه يتم إثبات ذلك في نصوص عقد الامتياز و في قرار مجلس الوزراء الصادر بمنح الالتزام وذلك استثناءاً من بعض القوانين القائمة مثل قوانين الضرائب والجمارك والاستيراد والتصدير والنقد والشركات ، والحماية من إجراءات التأميم وحجز الممتلكات وغيرها إعمالاً للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار وكل ذلك بهدف تمكين الملتزم من استغلال المرفق وأداء الخدمات للمواطنين علي الوجه الأكمل تحقيقاً للصالح العام .

وبصفة عامة يتم اختيار الملتزم باتباع إحدى طرق الدعوة إلي التعاقد وفق قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سواء عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة أو المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر حسبما تحدده السلطة المختصة[٢١٢] وفق ظروف وطبيعة التعاقد حيث تسرى أحكام

---

[٢١٢] تنص المادة الثانية من القانون بأنه : " يقصد بالسلطة المختصة في تنفيذ أحكام القانون المرافق الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في مجال اختصاصه " أما السلطة المختصة لعقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* فهي مجلس الوزراء طبقا للقوانين ١٠٠ و٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨

هذا القانون طبقا للمادة الأولى من قانون الإصدار على جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح عامه وأجهزة لها ميزانيات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية .

وبالنسبة لعقد امتياز الـ $B.O.T$ يعد قانون المناقصات والمزايدات في نظرنا هو الشريعة العامة التي تتبع فيما لم يرد في شأنه نص خاص ، فإذا ما وجد هذا النص الخاص، فإنه يطبق وفقا للقاعدة المسلم بها من أن الخاص يقيد العام .

فالهدف من قواعد اختيار المتعاقد في عقد امتياز الـ $B.O.T$ هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض من الناحيتين الفنية والمالية ، وأكفأ المتقدمين لإنشاء المرفق وإدارته وصيانته ، ويتحقق ذلك كله من خلال تطبيق مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة وفق ما تبتغيه أحكام المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات.(٢١٣)

والقوانين أرقام ١٠٠و٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، ورقم ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ورقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ الصادرة في شأن منح التزامات المرافق العامة قد جاءت خالية من ثمة إشارة إلي عدم تطبيق أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات كلها أو بعضها علي عقود الامتياز الصادرة بنظام الـ B.O.T. علي غرار ما ورد في نصوص هذه القوانين من أحكام تقضي *بعدم التقيد بأحكام* كل من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بشأن امتياز المرافق العامة ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١ بشأن رسوم الطيران.

وبتطبيق أحكام القانون رقم ٨ لسنة١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار استثناء من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة.

ذلك مما يؤكد بأن قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هو القانون الواجب التطبيق في عقود امتياز الـ $B.O.T.$ طالما لم يرد نص يقضي بعدم التقيد بأحكامه مثل ما جري عليه الحال بالنسبة للقوانين سالفة البيان .

---

(٢١٣)هذه المبادئ الأربعة تكون ركن المشروعية في العقود الإدارية بصفة عامة ، ومن بينها عقد التزام المرافق العامة ، وبالتالي فإن الإخلال بها هو المدخل لرقابة المشروعية التي يبسطها مجلس الدولة على العقود الإدارية بحيث إذا اختل أحدها كان تصرف الإدارة في ذلك غير مشروع ، وبات لكل ذي مصلحة حالة ومباشرة أن يطعن بإلغاء تصرفها

وتقول أ.د. سعاد الشرقاوى في هذا الصدد : " أنه يتعين الرجوع إلـــي القوانيــن واللــوائح السارية المفعول أثناء إبرام العقد ، كما يجب الرجوع إلي اللوائح التنفيذيـة ســواء اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أو القوانين واللوائـــح التــي تنظم إجراءات التعاقد في مجال معين كالكهرباء والطاقة والبترول والاتصالات .. الــخ والتي قد تحدد في كراسة شروط تلحق بالعقد ، ويظل الأساس لكل عقد إداري أو عقد خاص تبرمه الإدارة هو قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ".(٢١٤)

ويـــري جانب من الفقه أن عقود الامتياز بنظام الــ*B.O.T.* تبرم عن طريــق اللجوء إلي أسلوب المناقصة المحدودة ، حيث تعلن الإدارة عن العمليـــة التعاقديـــة ، وتبين في طلبات العروض ماهية المرفق محل التعاقد وأبعاده التقنيـــة والاقتصاديـــة والقانونية ، وتتلقى عروضا أولية محتوية علي سوابق خبرة في تشييد وإدارة مرافق مشابهة أو قريبة منها ، وتخضع هذه العروض لفحص الإدارة والتي عليـــها إعــداد القائمة المختصرة بأسماء المستثمرين القادرين فعلا علي الـــمـــنافسة ، وغالبـــا مـــا تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها من أجل تقديم عطاء مشـــترك فيمـــا يعــرف باتحاد الشراكة كونسرتيوم *Consortium* .(٢١٥)

---

(٢١٤)انظر مؤلف الدكتورة / سعاد الشرقاوي في العقود المرجع السابق ص٣٥٣ .

(٢١٥) رسالة د. مهند مختار نوح ص٦١٨ ، ود. محمد الجلالي " نحو بناء نظام استخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقـل " ٢٠٠٠ هندسة عين شمس ص٢٣ ، وأ.د. محمد بدران " نحو آفاق جديدة للخصخصة "بحث بدون تاريخ وغير منشور.

***Gaudemet Y. & Stirn B. & Rolin R. & Etealra Th.D. « Les grands avis du conseil d'etat » 1997 Dalloz P684.**

يجوز في مصر منح تفويضات مرفق عام بمقتضى ترخيص (قرار) ، مثال الترخيص الممنوح للشـــركة المصريـــة لخدمـــات التليفون المحمول لإنشاء وتشغيل خدمات الصالات، انظر أ.د. محمد عبد اللطيف " الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافـــق العامة الاقتصادية " ٢٠٠٠ دار النهضة العربية بالقاهرة

الكونسورتيوم:عبارة عن اتفاق بين أشخاص طبيعية أو معنوية محلية أو أجنبية يتضمن التزامات كـــل جـــانب في تنفيـذ مشروع معين لمدة محددة من أجل تحقيق الربح دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة فالمسـألة الجوهرية في الكونسرتيوم تتمثل في كونه اتفاقا لا ينشأ عنه تكوين شركة لها الشخصية القانونية ، بل هو تجمع اتفاقي ليس له شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء . وتتعدد أهداف اللجوء إلي إنشاء الكونسرتيوم. فقد يكون الهدف مـن إنشائه التقدم بعطاء مشترك أو تنفيذ مشروع أو مشروعات معينة إن رسا عليهم العطاء مع التقيد بقواعد القانون الخاصـة بالشركات ، وبما يؤدي إلي توزيع المخاطر الاقتصادية للمشروع فيما بينهم . =

والجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع – تحسبا لما قد يطرأ لدى بعض الجهات من ضرورات يتعذر معها الالتزام ببعض أحكام القانون – أجاز لرئيس مجلس الوزراء – في حالات الضرورة ولاعتبارات يقدرها – أن يصرح لجهة بعينها بالتعاقد وفقا للشروط والقواعد التي يحددها، وفق أحكام المادة الثامنة من القانون. [٢١٦]

ورغم ذلك فقد تبين لنا في مجال التطبيق العملي بشأن اختيار المتعاقد من واقع الأوراق المقدمة في مؤتمر الـ*B.O.T.* أن الإدارة لتخذت إعلانات الدعوة بطلب التأهيل وطلب العروض في الصحف اليومية وواسعة الانتشار في الداخل والخارج فضلا عن توجيه خطابات موصى عليها بدعوة شركات متخصصة تتوافر فيها شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة سبيلا لاختيار الملتزم بغرض إتاحة الفرصة الكاملة والمتساوية بدعوة الجميع للدخول في منافسة حرة من أجل الوصول إلى أفضل العروض تحقيقا للصالح العام ،،، وتنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: " الإجراءات السابقة على التعاقد في عقد امتياز الـ*B.O.T.*" .

المبحث الثاني : " إعداد وصياغة مشروع عقد امتياز الـ*B.O.T.*" .

المبحث الثالث: " التصريح بالتعاقد وإبرام عقد امتياز الـ*B.O.T.*" .

=تبرز عيوب الكونسرتيوم في تشابك العلاقات وصعوبة إدارة العقد وتنفيذ المشروع وارتفاع نسبة المخاطر حيث يكون كل شريك ضامنا للآخر . أما عن فوائده فهي تبرز في أنه شكل جديد من أشكال التعاون بين أطراف متعددة يساند بعضها بعضا ، فهو يحقق التخصص والتكامل بين الأطراف ، الأمر الذي تتطلبه طبيعة العقود الدولية للإنشاءات ، كما يتميز في سرعة الإنشاء حيث لا يتم التقيد بإجراءات إنشاء الشركات ، كما يحقق إطارا قانونيا مقبولا لتحقيق المشاركة بين أطراف محليين مع أطراف أجنبية ، وهو بكل هذه المميزات يحقق المعادلة الصعبة في التوفيق بين اعتباري الاستقلال والتوحد والجمع بين مزايا كل منهم وقد اختلف الرأي حول تحديد الطبيعة القانونية للكونسرتيوم فذهب البعض إلي أنه شركة محاصة لأنه يتشابه معها في عدم تمتعه بالشخصية الاعتبارية ، في حين ذهب البعض الآخر إلي أنه شركة تضامن واقعية أو فعلية ، ولكن الرأي الراجح هو أن الكونسرتيوم يمثل نوعا من الضمان الاتفاقي يقدمه أعضاء الكونسرتيوم لرب العمل ، و أ.د. محمد بدران " عقد الإنشاءات في القانون المصري " ص٤٢ ود. ماجد عمار " النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات " ١٩٩٥ مكتب الشلقاني للمحاماة بالقاهرة ص٥٦ و د.محمد الجلالي ص٣٣ .

[٢١٦] المادة (٨) الفقرة الثانية من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على : " كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الهيئة بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقا للشروط والقواعد التي يحددها " .

المبحث الأول
" الإجراءات السابقة على التعاقد
في عقد امتياز الـ *B.O.T.* "

تمهيد وتقسيم :

تتجه الدولة في مجال خطة التنمية الاقتصادية نحو خلق مناطق صناعية وتجارية جديدة في مختلف أنحاء البلاد عن طريق القطاع الخاص بإنشاء مشروعات مرافق البنية الأساسية من مياه وصرف صحي وطرق وموانى ومطارات .. الخ . كما توالي الدولة تباعا قدرا كبيرا من الاهتمام بسن التشريعات المنظمة والمشجعة للاستثمار المحلي والعربي والأجنبي في مجال نظام امتياز الـ *B.O.T.* باعتباره أحد البدائل، والذي تعاظم دوره في الآونة الأخيرة.

ويشهد الاقتصاد المصري تحولا متناميا نحو الاقتصاد الحر بهدف حمل مسئولية النهوض بسد احتياجات المواطن وتنمية النشاط التصديري للمنتجات والخدمات وفق آلية السوق الحر ،فلن يتأتى دخول ميدان المنافسة إلا من خلال تصميم أفضل وجودة أعلى أو سعر أقل أو كليهما معا .

ومن المشاريع الواعدة التي بدأت الدولة في إقامتها مشروع " المنطقة الصناعية بشمال غرب خليج السويس " إذ التزمت الحكومة بمد هذه المنطقة بمياه الشرب والصرف الصحي والكهرباء ، فكانت نقطة البدء إنشاء مشروع مد هذه المنطقة بالمياه وفق نظام امتياز الـ *B.O.T.* .

ولما كانت التكلفة التقديرية لهذا المشروع تبلغ ما يزيد عن المليار جنيه، وليس لوزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية سابقة خبرة في إنشاء مشروعات الـ *B.O.T.* فقد رأت الوزارة اختيار إحدى الشركات الاستشارية العاملة في مجال دراسات الجدوى من أجل إعداد دراسة: جدوى المشروع ومستندات طلب العروض ، ومعاونة الوزارة في النهوض بعملية التقييم الفني والمالي للعطاءات ، تمهيدا لتوقيع العقد بنظام امتياز الـ *B.O.T.* مع الشركة التي سيتم ترسيه المشروع عليها لتنفيذه .

ويعني مفهوم دراسة جدوى المشروع بأنه " مجموعة الأساليب العلمية المستخدمة في جمع البيانات والمعلومات وتحليلها بهدف التوصل إلي نتائج قاطعة عن مدى صلاحية تنفيذ المشروع موضوع الدراسة من عدمه " .

ومن أهم الخصائص المميزة لدراسة الجدوى :

١) التعامل مع المستقبل : ومفاد ذلك أن دراسة جدوى المشروع تمثل تقديرات تنطوي في ذاتها على احتمالات مطابقتها للواقع أو الانحراف عنه ، فتنفيذ المشروع المقترح يتم بغرض تشغيله لسنوات مقبلة وهو أمر يفرض اهتماما متزايدا بمراعاة الدقة التامة في التقديرات .

٢) ترابط المراحل : ويعنى ذلك ضرورة إعداد دراسة الجدوى بدقة بالغة طبقا للمراحل والخطوات المتتابعة حيث تعتمد كل منها على النتائج الإيجابية لسابقتها بما تمثله من مدخلات مباشرة للمرحلة التالية .

٣) أهمية عنصر الزمن : ذلك أن إطالة الفترة الزمنية الواقعة بين الانتهاء من دراسة الجدوى والحصول على موافقة جهات الاختصاص بإنشاء المشروع ، وبين بداية التنفيذ الفعلي له يعد انعكاسا سلبيا يتمثل في اتساع الفجوة بين محتويات الدراسة ونتائجها وما يحدث في الواقع العملي .

ويعتمد تقييم مدي صلاحية تنفيذ المشروع في دراسة الجدوى على أسلوب (المنفعة - التكلفة) « *Cost-Benefit Analysis* » والذي يتميز بترجمة الفوائد والتكاليف المباشرة وغير المباشرة الملموسة وغير الملموسة لتحديد صافي الربحية الاقتصادية الناتجة عن المشروع الجديد ، لما لذلك من أثر كبير في إقراره في ضوء ما سوف يحققه المشروع من أهداف الدولة الرئيسية المتمثلة في زيادة الدخل القومي وتحسين ميزان المدفوعات ، وخلق فرص عمالة وكوادر فنية ، وزيادة نسبة التصنيع المحلي ، وزيادة حجم المدخرات القومية .[٢١٧]

---

[٢١٧] أنظر مؤلف الدكتور نبيل عبد السلام شاكر " إعداد دراسات الجدوى وتقييم المشروعات الجديدة " الطبعة الثانية ١٩٩٨ ص١٦ وما بعدها ، ومؤلف د/محمد صالح الحناوى " دراسات جدوى المشروع ودليل تقيم الأعمال الجديدة "الدار المصرية الحديثة الطبعة الأولى ص٥٥ وما بعدها ١٩٨٠، ومؤلف د/أويس عطوة الزنط " أسس تقييم المشروعات ودراسات الجدوى " المكتبة الأكاديمية القاهرة ١٩٩٢ ص١٧٢ وما بعدها .

وفى هذا الصدد تقضي أحكام قانون حماية شئون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإجراء دراسات لتقييم الأثر البيئي للمشروعات الجديدة أو التوسعات أو لمشروعات الإحلال والتجديد من أجل الحصول على تراخيص لبدء النشاط ، وبهذه المثابة يعد الترخيص من أهم أدوات الإدارة البيئية وأكثرها فاعلية في مجال تحقيق " التنمية المستدامة" *Sustainable Development* هذا في ضوء القدرة المالية والفنية الكافية لاقتناء وتشغيل المعدات المتقدمة ، ودون القفز فوق ضرورات الواقع ومحدداته أي اختيار "*أفضل التكنولوجيات المتاحة التي لا تنطوي على كلفة مفرطة*" حتى يتسنى الوصول بالإنتاج إلى " المستوي الأنظف" *Cleaner Production* وذلك من خلال التطبيق المستمر لاستراتيجية وقائية متكاملة لعمليات الإنتاج للإقلال من المخاطر على الإنسان والبيئة.[٢١٨]

والأمر هنا يحتاج إلى منهجية جديدة لحساب (المنفعة- البيئة) عند إجراء دراسات الجدوي الاقتصادية للمشروع ، بمراعاة خصم قيمة الموارد المستهلكة وتكلفة إصلاح الأضرار البيئية الناتجة عند التشغيل ، وصولا إلى حقيقة حساب الناتج الإجمالي للمشروع - بمعني ألا تقتصر دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع ابتداء على الأسلوب التقليدي القائم على أساس حساب (المنفعة - التكلفة) بل يتعين أن تشمل الدراسة *تقدير حساب تكلفة البيئة*.

ويقتضي منهج *التنمية المستدامه* مراعاة الأبعاد الاقتصادية والصناعية والبيئية ، بتنفيذ ما تتضمنه النصوص والأحكام من شروط وضمانات ومتطلبات لحماية البيئة والثروات الطبيعية من التلوث ، ويصير تحقيق ذلك باستخدام الأدوات والمعدات والوسائل الفنية المبتكرة في مشروعات الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* عند إنشائها وتشغيلها على أن يكون صدور قرار منح الامتياز من مجلس الوزراء مقترنا بتوافر الشروط والضمانات اللازمة لهذا الغرض ،،*ويتعين على البنوك الاهتمام بتوافر*

---

(٢١٨) تعني التنمية المستدامة بأنها " عملية يتناغم فيها استغلال الموارد وتوجهات الاستثمار ، ومناحي التنمية التكنولوجية للوفاء باحتياجات الإنسان وتطلعاته" انظر مؤلف "اتجاهات حديثة في التنمية- الناشر الدار الجامعية بالإسكندرية د. عبد القادر محمد عطية لسنة ٢٠٠٠ ص١٦ وما بعدها ،وانظر سلسلة المعرفة العدد ٢٨٥- سبتمبر ٢٠٠٢ كتاب " البيئة وقضايا التنمية والتصنيع" د. أسامة الخولى ص١١٥ وما بعدها.

الوسائل الكفيلة بحماية شئون البيئة لدى منح الائتمان لمشروعات الامتياز بنظام الـB.O.T. أو المساهمة في رأس مالها(٢١٩).

ومن واقع تجربة وزارة الإسكان في اختيار المتعاقد بنظام الـB.O.T. وأيضا من خلال أبحاث دراسات الجدوى بالمراجع المتخصصة في هذا المجال(٢٢٠)نعرض في مطالب ثلاثة موجزا للإجراءات السابقة على التعاقد فيما يلي:

المطلب الأول

" إعداد دراسات الجدوى"

المطلب الثاني

" طلب التأهيل وطلب تقديم العروض ."

المطلب الثالث

" مرحلة تقييم العطاءات واختيار أفضل العروض ."

---

(٢١٩) ولمزيد من التفاصيل في مجال إنشاء مشروعات الصرف الصحي ، والمياه النقية ، وجمع القمامة ،والنفايات ، وتدوير وصناعة مخلفات البيئة بكافة أنواعها انظر د. أسامه الخولى المرجع السابق ص ١٦٩ وما بعدها.

(٢٢٠)انظر المراجع السابقة ، وكذلك ورقة العمل المقدمة في المؤتمر الدولي لمشروعات الامتياز بنظام الـB.O.T. المنعقد في القاهرة في ٢٨/٢٧ يناير ٢٠٠١ عن تجربة وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية في مجال مشروعات المياه–إعداد الدكتور بيلى حسنى البيلى.

المطلب الأول

إعداد دراسات الجدوى

ينصب الاهتمام في إعداد دراسة الجدوى المبدئية بالتعرف على دوره حياة المشروع ، وضمان اختياره على أسس علمية باتباع الخطوات الآتية :

١) تحديد المشروع والغرض منه والفوائد الناجمة عن تنفيذه وأثره على المنطقة والتوسعات المستقبلية ، واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته ، وتحديد درجة ملاءمة المرافق ومشروعات البنية الأساسية لإنشاء المشروع وتشغيله .

٢) اختيار الموقع المناسب للمشروع بما يعود بالفائدة المباشرة على المنتفعين، وعلى الشركة صاحبة المشروع، وبيان عوامل الإنتاج المختلفة التي تمثل مجموعة المدخلات، ومدى توافرها بالحجم وفي الوقت المناسب مع تحديد نسبة مساهمة التصنيع المحلى في المشروع .

٣) دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والبنية الأساسية والاستثمارية اللازمة له .

٤) التنبؤ بالتعريفة المتوقعة للخدمة بما لا يمثل عبئا على دخل المستهلك العادي بمراعاة البعد الاجتماعي والسياسي حسب طبيعة الخدمة ومدى حساسيتها لجمهور المستهلكين ، ودراسة بنود اتفاقية ضمان سداد مقابل الحد الأدنى للاستهلاك من الطاقة الإنتاجية للمشروع لتعويض شركة الـ *B.O.T.* عما استثمرته من أموال طائلة في إنشاء المشروع إلي حين تعمير المنطقة بجماهير المنتعفين من خدماته ، كما تتضمن الدراسة ما يتوقع من تطور تكنولوجي بحيث يمكن التحكم في مقدار الضمان ومداه فقد يختفي معه التزام الدولة بتقديم هذا الضمان مستقبلا .

٥) تحديد الموافقات الحكومية وبيان التراخيص والتصاريح من الأجهزة المحلية التي يقع المشروع في نطاق اختصاصها ودور الجهة المانحة في سرعة الحصول على

هذه التراخيص في ضوء أحكام المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .[٢٢١]

٦) إعداد خريطة مساحية لأرض المشروع من واقع الخريطة المساحية لأراضى الدولة والمخصصة لغرض الاستثمار في مشروعات الـ *B.O.T.* بمراعاة خلوها من الموانع القانونية مع إتاحة الفرصة للمستثمرين لاختبار صلاحية الأرض المخصصة لإقامة المشروع.

هذا وبعد الانتهاء من دراسة الجدوى المبدئية ، ثم قبولها من جانب أجهزة الدولة المختصة تم إجراء دراسة الجدوى النهائية ، والتي تكون دراسة التكاليف الاستثمارية فيها أكثر دقه وتفصيلا ، حيث بلغت التكلفة الكلية للمشروع حوالي ١٠٠٩ ملايين جنيه، فحدث تعديل هيكل المشروع ليكون وفق صيغة *B.O.O.T* المشتقة من نظام الـ*B.O.T.* .

هذا وتتطلب صيغة B.O.O.T التزام الجهة المانحة بضمان الحصول على نسبة استهلاك قدرها ٦٠% من طاقة المحطات.[٢٢٢]

---

[٢٢١]قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمنشورة بالوقائع المصرية العدد ٢٠١ تابع في ١٩٩٨/٩/٦ .

[٢٢٢]*B.O.O.T.* وتعني الإنشاء ، التملك ، التشغيل، ونقل الملكية ، حيث يحصل الملتزم على عائد المشروع كاملا طوال مدته فضلا عن بعض الضمانات الأخرى.

المطلب الثاني

طلب التأهيل و طلب تقديم العروض

أولا:طلب التأهيل :

يعتمد نجاح المشروع بنظام امتياز الــ *B.O.T.* على مرحلة التأهيل- أي مرحلة ما قبل إسناد العطاء للشركة المرشحة لتنفيذ الــمشروع . فلا يصح الإســـناد بنـــاءً على حكم اختياري أو نتيجة ضغــوط خارجيـــة فالشـــفافية والمصداقيـــة و المعاملـــة المتساوية . تعتبر العامل الأول في جذب الاستثمارات الأجنبيـــة فـــي مجـــال تنفيـــذ مشروعات البنية الأساسية ، ويعد التأهيل من الأمور الأساســـية والهامـــة لضمـــان استبعاد الشركات غير الجادة، واختيار الأشخاص القـــادرة علـــى النـــهوض بأعبـــاء ومسئوليات تمويل المشروع علي أكمل وجه طوال مدة الامتياز .

وتم في ضوء ذلك نشر إعلان طلب التأهيل للشركات المتخصصة فـــي صحيفتـــي الأهـــرام والأخبـــار بتـــاريخ ٢٧-٢٨ مايو ١٩٩٨ حيث قامت ٤٠ شـــركة محليـــة وعالمية بسحب كراسة التقدم للتأهيل للمشروع ، وفي المهلة المحـــددة تقدمـــت ١٩ شركة محلية وعالمية بمستندات التأهيل .

وقد اتخذت معايير اختيار الشركات المؤهلة حسب الأسس التالية :

(أ)حجم الأعمال ودورة رأس المال بما لا يقل عن ١٠٠ مليون $ لمدة ١٠سنوات.

(ب)الخبرة في أعمال سابقة ذات طبيعة ونوعية المشروع المقترح .

(ج)حجم الأعمال التي تقوم الشركة بتنفيذها حالياً والمسندة إليها مستقبلاً .

(د)الخبرة في مشاريع المياه أو غيرها يزيد حجم الأعمال فيها عن ٥٠ مليون$.

هـــ)حجم و قدرة الطاقة البشرية وسابقة الخبرة لطاقم العمل المقترح للمشروع.

و)مقدرة الشركة من ناحية عدد وسعة المعدات ونوعيتها ، وما هو متاح منها للعمـــل في تنفيذ المشروع .

ز)إرفاق صور الميزانيات المالية للشركة عن مدة ٣ سنوات سابقة .

وتم توزيع درجات التقييم للبنود السابقة في التأهيل ليكون مجموعها ١٠٠ درجة على أن يكون الحد الأدنى للقبول ٧٥ درجة ، وبعد دراسة المستندات المقدمـــة تـــم

تـأهيل ١٥ شركة محلية وعالمية لسحب مستندات العطاء بالتطبيق لحكم المـادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .[٢٢٣]

ثانيا: طلب تقديم العروض:

أسلوب الدعوة إلي التعاقد : « *L'appel d'offres* »

يسمح هذا الأسلوب بقدر كبير من الحرية للإدارة في اختيار أفضل العـروض دون التقيد بمنهج الآلية الذي يحكم المناقصات العامـة ، وتتولـى الإدارة إعـداد كـافة المستندات والنماذج للنواحي الفنية والمالية والإدارية للمشروع المراد إنجـازه، مـع تجسيدها في صياغة قانونية وفق بنود وشروط وعناصر وأحكام وتضمين كل ذلك في أوراق الدعوة بطلب العروض .

وفي الواقع العملي اتخذت الدعوة إلي التعاقد صورتين : [٢٢٤]

الصورة الأولى : الدعوة المفتوحـة للتعـاقد: *L'Appel d'Offres Ouvret* يتـاح بمقتضاها للكافة محليا ودوليا فرصة الاشتراك وتقديم عطاءاتهم من خـلال وسـائل النشر المختلفة داخليا وخارجيا.

الصورة الثانية : الدعوة المحدودة للتعاقد : وفيها توجه الدعوة للتعاقد إلي شـركات معينة بالذات استنـادا إلي عنصر الاعتبار الشخصي المتمثل فيما أكتسبه هؤلاء مـن خبرات واسعة في إنشاء إدارة الأعمال والأنشطة ذات الصلة الوثيقة بمشروع التعـاقد ، وكذلك ما يملكونه من تفـوق في النواحي الفنية والمالية ، وما يتميزون بـه مـن تطور في استخدام وسائل التقنيات الحديثة من الآلات والمعدات بمختلـف أنواعـها ، ***وألا تقل نسبة مساهمة الشركة المنفذة للمشروع ماليا عن ٣٠% .***

وقد كان الإعداد الجيد لمستندات العطاء أهمية كبيرة حيث تضمنت أوراق الدعـوة وبنودها كافة المواصفات ومختلف عناصر التقييـم والإجـراءات الواجبـة الإتبـاع

---

[٢٢٣] المادة ٩ " في حالات التعاقد التي تتطلب الطبيعة الفنية فيها تقييم العروض بنظام النقاط . فيجب تضمـين عنـاصر وأسس التقيم بعد اعتمادها من السلطة المختصة .ويجب في هذه الحالة أن يتم تحديد نقاط التقييم والحد الأدنى للقبـول الفني واعتمادها من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية " .

[٢٢٤] يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص٢١٥ .

وجداول التعريفة كما تضمنت الدعوة منح الشركات فترة ٦ شهور لإعداد وتقديم العطاءات خلالها .[٢٢٥]

والحقيقة أن الهدف الأساسي من مستندات العطاء ينصب علي بيان المتطلبات الرئيسية في المشروع وتحديد مستوى الأداء ، والتعريف بحقوق والتزامات الشركة والحكومة بالإضافة إلي الشروط الحاكمة للعطاء .

وقد تسلمت الحكومة في نهاية المهلة ستة عطاءات منها أربعة من شركات أجنبية ، وعطاءين من شركات محلية ، وكل عطاء في مظروفين منفصلين أحدهما للجانب الفني والآخر للجانب المالي .

---

[٢٢٥] المواصفات الفنية للأعمال المدنية – المواصفات الفنية للأعمال الميكانيكية – المواصفات الفنية لمحطة المياه – الشروط والمواصفات العامة والتقنية المستخدمة والبديلة مع تحديدها – عقد الامتياز المقترح موضحا به الشروط التعاقدية ، ومن بينها حق الانتفاع بالأرض وحق المرور لخط المواسير والتزامات الحكومة والشركة والتعويضات المقدمة في حالات العجز بالنسبة للأفراد ، ومخاطر تعرض المعدات للتخريب بكافة أنواعها – ترجمة لقانون حوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ – ضرورة ألا تقل نسبة مساهمة الشركة المنفذة للمشروع ماليا عن ٣٠% – ألبوم الرسومات الذي يوضح مسار خط المواسير والمواقع العامة لمكونات المشروع – خطاب الضمان من بنك رسمي معتمد – معايير تسليم أصول المشروع وإجراءات نقل الملكية بعد انتهاء فترة الامتياز .

المطلب الثالث

تقييم العطاءات واختيار افضل العروض

تتضمن خطـة دراسة الجدوى في هذه المرحلة اختيار لجنة خاصة لتقييم جميـع المقترحات الفنية ، علـى أن يتم فتح المظروف الخاص بالمقترح المالي فقط للشـركة التي تم قبولها فنيـا ، حيث تم الاحتفاظ بالعروض المالية مختومـة بالشـمع أثنـاء مراجعة العروض الفنية ، على أن ترسل المظاريف التي لم يرس عليها العطاء مغلقـة إلي أصحابها ، ولقد أسهمت هذه الخطة في تقييم العروض حسب المواصفات الفنيـة المطلوبة وفق العناصر الآتية :

١) سابقة الخبرة و القدرات المالية للشركة .

٢) الجدول الزمني التنفيذي المقترح .

٣) الجودة العامة للعطاء ومدى تناسق المستندات مع بعضها البعض .

٤) التصميم المقترح لمحطة تنقية المياه .

٥) التصميم المقترح لمآخذ المياه العكرة .

٦) تصميم خطوط مواسير المياه العكرة والنقية .

٧) تصميم الروافع و اختيار الطلمبات وكافة المهمات الميكانيكية للمشروع .

٨) الهيكل التنظيمي المقترح لمراحل التصميم والإنشاء .

٩) الأسلوب المقترح من الشركة لعمليات التشغيل والصيانة وقطع الغيار .

١٠) التحقق من التأمين الابتدائي والنهائي .

هذا وقد تمت عملية التقييم في سرية تامة بنظام النقاط (من صفر:١٠٠):

الكفاءة الفنية المالية	١٠ نقاط	- الجدول الزمني	٥ نقاط
جودة العطاء	٥ نقاط	-التصميم	٥٥ نقطه
خطة التشغيل	١٥ نقطه	-البناء و المعدات	١٠ نقاط

المجموع الكلى = ١٠٠ نقطه

وقد حصلت الشركات الست على درجات تتراوح من ٧٦% إلي ٨٦% حيث سبق تحديد نسبة ٧٥% حد أدنى لقبول العرض فنيا ، ولذلك تم فتح المظاريف المالية لهذه

الشركات الست المقبولة في جلسة علنية ، وتم التقييم تبعا لذلك حيث قدمت شركة *S.N.C* nilval الكندية أقل سعر ، فحازت على أفضل العروض ، وأصبحت هي الشركة المرشحة لتنفيذ المشروع .

وبانتهاء عملية تقييم العروض فنيا وماليا وفقا لمبادئ العلانية والمساواة وتكافؤ الفرص والشفافية ، في ظل تنافس شريف أسفر عن اختيار أفضلها ،قامت وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية بترشيح الشركة صاحبة أفضل العطاءات بموجب مذكرة شاملة تم عرضها على السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء ، حيث أشار سيادته بمدارسة ثلاث نقاط :

- نسبة التصنيع و الاستخدام للمكونات من المنتج المحلى .
- أسلوب السداد السنوي لقيمة ما يشترى من المياه .
- الآثار على موارد النقد الأجنبي .

وبعد أن قامت الوزارة بموافاة المجموعة الوزارية بالرد على هذه النقاط والاستفسارات الخاصة بمدة عقد الامتياز وعلاقتها بصدد تنفيذ المشروعات الفرعية ، وما يجب مراعاته من نقاط عند التفاوض مع الشركة التي سيتم التعاقد معها ، انتهي رأى المجموعة الوزارية إلي أن ما قامت به الوزارة يتمشى مع التوصيات الخاصة بمشروع الـB.O.O.T .[٢٢٦] حيث وافق مجلس الوزراء على رأي المجموعة الوزارية على أن يعاد العرض على المجلس بعد انتهاء التفاوض مع الشركة المرشحة للتنفيذ لتحديد الشروط القديمة مع التعديلات التي تمت أثناء التفاوض والاختلاف بينهما والآثار المترتبة عليها ،،، وكانت المرحلة الأولى من المفاوضات بين الطرفين قد بدأت بالتوقيع على النقاط والبنود كما جاء في مشروع عقد الامتياز ومستندات الطرح التي اتفق عليها الطرفان ، وتحددت النقاط محل التفاوض لبدء المرحلة الثانية من المفاوضات .

ونشير في هذا الصدد إلى أن المادة الخامسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٧تنص على أن : " يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه – أو تعديلها- وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء

---

[٢٢٦] وهذه الصيغة يكون الملتزم فيها مالكا لمشروع *B.O.O.T* حتى نهاية فترة الامتياز ويحصل على عائده كاملا فضلا عن الضمانات الأخرى، وهي صيغة مشتقة من نظام الـ *B.O.T.*

على اقتراح الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء".

وبهذه المثابة فإن تقديم اقتراح بالمشروع المراد إنشاؤه بنظام الـ B.O.T. مشروط بإجراء دراسات جدوي اقتصادية متأنية ، وشاملة لمختلف الجوانب الفنية والمالية والاجتماعية والقانونية للمشروع ، سواء في مرحلة التخطيط لإنشاء المشروع ابتداء ، أو في مراحل إجراءات طلب التأهيل ، وتقديم العطاءات ، وفحص وتقييم العروض المقدمة في شأنه ، لاختيار صاحب العطاء الأفضل والتفاوض معه ، تمهيدا لعرض اقتراح الوزير المختص على اللجنة الوزارية ، ومن ثم العرض على مجلس الوزراء لاستصدار قرار منح الامتياز بنظام الـB.O.T.[٢٢٧] ،،،وإنه بمتابعة المرحلة الثانية من المفاوضات تبين لنا أن الطرفين لم يصلا إلى اتفاق حول حجم الطاقة المنتجة وتوزيعها بأسعار مناسبة لذوي الدخل المحدود .

وهكذا يطول زمن الإجراءات و ينتهي الأمر ، إما إلى صدور قرار منح الامتياز لصاحب العطاء الأفضل أو عدم صدوره ،،، ويقينا أن اجتياز الإجراءات على نحو ما سبق في مشروع المياه بما صاحبها من وضوح وشفافية ، هو السبيل الآمن والتنفيذ الصحيح لشرط لازم في القانون ، كما يعد دليلا على سلامة قرار منح الامتياز أو رفضه ، فالإجراءات ليست هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة غايتها الوصول إلى اتفاق يحمل بين طياته مقومات الرضائية وعوامل القبول بين كل من الإدارة والملتزم ويبدو ذلك واضحا من خلال حرصهما معا على تأمين عملية إنشاء وتشغيل المرفق ، حتى يؤدي خدماته للمنتفعين به في انتظام واطراد سنين عددا.

---

[٢٢٧] وبطبيعة الحال يتولى تلك المهام مجتمعة أو متفرقة مجموعات متكاملة من ذوي التخصص والكفاءة والخبرة في فحص وتقييم المشروعات كل حسب نوعه وطبيعة نشاطه وذلك وفق أسس وضوابط ومقاييس ومعايير محددة محلية أو عالمية، ويعتمد نجاح المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* على مرحلة التأهيل وإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية بدقة تامة ، وذلك لضمان استبعاد الشركات غير الجادة ، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسئوليات تمويل إنشاء المشروعات وتشغيلها ، وصيانتها على أكمل وجه طوال مدة الامتياز ، فالإسناد لا يصح بناءا على حكم اختياري أو ضغوط خارجية.

وأقول أنه لا وجه لمسايره ثمة اتجاه يرمي إلى تجنب الأحكام الإجرائية في مجال اختيار المتعاقد في عقد الامتياز ، ويكفي ردا عليه أن نعود إلى ذكرى أليمة حين كان منح الامتياز معهودا به إلى إرادة الحاكم وحده ،،. نلك بما مقتضاه ضرورة اختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* من خلال معايير وأحكام إجرائية مستمدة من قواعد عامة مجردة تتسم بالانضباط والشفافية والدقة ، وفى إطار زمني كاف وصولا إلى اختيار الأصلح ، وحتى تكون الإجراءات سندا وحماية في مواجهة رياح المنافسة الحرة ، عبر دوائر أسواق المال المفتوحة محليا وعالميا.

المبحث الثاني
" إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

تمهيد وتقسيم:

وإذ كان مشروع وزارة الإسكان قد انتهي في مرحلة المفاوضات الثانية إلى عدم اتفاق الطرفين ، ولما كان ذلك كذلك ، فالأمر يقتضي التعرف على تجربة أخرى للهيئة المصرية العامة للطيران المدني في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز- نستهلها بإبراز *أهم البنود التي كانت محور المفاوضات* بين هذه الهيئة والملتزم في عقود الامتياز(الثلاثة الأول)الصادرة في مصر بنظام الـ*B.O.T.*[٢٢٨]بالتطبيق لأحكام القانون ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول وهي:

- حقوق والتزامات كل من الهيئة والملتزم (الشركات الثلاثة أصحاب الامتياز)
- القانون الواجب التطبيق.
- المجال الرئيسي للنشاط والأنشطة والخدمات الأخرى المساندة .
- تحويل الحقوق من الملتزم إلي غيرة كليا أو جزئيا .
- الالتزامات والتعهدات الحكومية.
- القوه القاهرة ومعناها وانتهاء الامتياز.
- الأسعار وتحديدها وزيادتها والتصديق عليها .
- رقابة الحكومة على تنفيذ وإدارة المشروعات وصيانتها .
- الإخلال بالعقد والجزاءات المترتبة على ذلك و إنهاء الامتياز قبل انتهاء مدته .
- امتداد الامتياز بعد انتهاء مدته .
- نقل ملكيه المشروع إلي الهيئة .
- طرق حل المنازعات .
- الضمانات المالية – ضمانات الأداء – غرامات التأخير .

---

(٢٢٨)أنظر ورقه العمل المقدمة في المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام الـ*B.O.T.* المنعقد في القاهرة في ٢٧/٢٨ يناير ٢٠٠١ عن تجربه الهيئة المصرية العامة للطيران المدني في مجال تنفيذ المطارات الثلاثة الصادرة بنظام *B.O.T.* –إعداد السيد/مجدي موريس نخله .

ومن بين المحاور الأساسية التي يدور التفاوض حولها في عقود امتياز الـ*B.O.T.* بصفة عامة هو التوصل إلي حاله من التوازن الاقتصادي والمالي بين طرفي الرابطة العقدية والتي توصي بها ***منظمة اليونيدو*** نوجزها فيما يلي : [٢٢٩]

- المدة الزمنية التي تكفي لتغطية تكاليف المشروع .
- طرق سداد تكاليف المشروع واعتماد ذلك على الرسوم.
- حساب عائد المال المستثمر .
- زيادة نسبة المشاركة في العائد مقابل مد أجل الامتياز إلي فترة أطول.
- تحديد المخاطر والضمانات المكفولة .
- مشكلات التضخم وتحويل العملة وسعر الصرف.

ونلقى الضوء في هذا المبحث على دراسة مراحل المفاوضات وصياغة وإعداد مشروع العقد في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول

" مرحلة المفاوضات "

المطلب الثاني

"مرحلة صياغة مشروع العقد"

المطلب الثالث

"مرحلة إعداد مشروع العقد:

[٢٢٩] لمزيد من التفاصيل انظر مرشد الـ*UNIDO* المرجع السابق ص٢١ وما بعدها ، وكذلك ص ٢٥٩ وما بعدها .

المطلب الأول

"مرحلة المفاوضات في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T."

لاشك أن التفاوض من أجل إبرام العقد حقيقة لا جدال فيها . فهو ركيزة أساسية لمفهوم أو تصور القانون العام للعقد ، وذلك في الإطار الذي تدور فيه مختلف المسائل محل التفاوض ، وقد عبر البروفسير فرايس *Henry P. De vries* أستاذ القانون بجامعة كولومبيا عن ذلك بقولة : " إن التفاوض هو الارتباط وفقا للمفهوم والتصور الإنجليزي لأي عقد غير موجود " .[٢٣٠]

The idea of bargin fundamental to the English conception of contract is absent "

وتعد مرحلة التفاوض من الوسائل المتبعة في تسهيل عملية التقاء إرادة أطراف التعاقد ، والتوصل إلي التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي أو بقبول حلول وسط على أساس من حسن النية المتبادل بين الأطراف ، والرغبة الصادقة في الوصول إلي اتفاق .[٢٣١]

ومن المعلوم أن التفاوض مع بيوت الخبرة العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة مسألة صعبة وشائكة ذلك أن صاحب المعرفة الفنية غالبا ما يحتاط عن طريق طلب ضمانات تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلى بها في مرحلة التفاوض كوسيلة للترغيب في التعاقد واضعا في الحسبان بأن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو إلي عكس ذلك ، لذا يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة بإحدى وسائل ثلاث : إما بطلب تعهد كتابي سابق « *Engagement Ecrit Préalable* » أو تعهد مؤسس على الثقة « *Engagement*

---

[٢٣٠] لمزيد من الإيضاح أنظر رسالة د / بلال عبد المطلب بدوي المقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠١ بعنوان " مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية " - دراسة مقارنة - ص٦٤.

[٢٣١] أنظر دكتور /محمد سعيد الخلفاوى :"استراتيجيات و أساليب التفاوض بحث مقدم في الندوة التي نظمتها أكاديمية البحث العلمي في القاهرة ١٩-٢٥ فبراير ١٩٨٦ وانظر د.إبراهيم قادم رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ٢٠٠٢ص ٢٥١ وموضوعها "شروط وقيود عقود نقل التكنولوجيا" .

« Paiement Préalable أو دفع مبلغ مـــن المـــال *Basé sur La Confiance » d'une Somme d'argent »*.[٢٣٢]

وبصفة عامة فإن المفاوضات تقوم بدور مرمـــوق فـــي مجـــال عقـــود امتيـــاز الـــ*B.O.T.* حيث ترتكز على التبني الكامل لفكرة الحرية الـتعاقدية ، بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض . ولقد نتج عن إعمال هذه القواعد آليـــات قانونيـــه مســـتجدة وإثراء في الصيغ العقدية.

والـــمعلوم أن المبادرة لبدء التفاوض تكون من جانب الإدارة وهى تحدد بدقـــه موضوع المشروع المراد إنجازه ، وتختار إحـــدى الشـــركات للدخـــول معـــها فـــي مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع ، والتي قد تؤدى بدورها إلي إبـــرام العقـــد وفقا للشروط والنتائج التي يتمخض عنها التفاوض.

والتفاوض على هذا الوجه يعنى تبـــادل الاقتراحـــات والمســـاومات والمكاتبـــات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفـــاوض ليكون كل منهم على بينه من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطـــراف ، وما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه .[٢٣٣]

ومن التعريفات التي أوردها القضاء بشأن الالتزام بمبدأ " حسن النية في مرحلـــة المفاوضات قبل التعاقدية " أن : " المقصود بحسن النية بوجه عام أن يبذل كـــل فـــرد الجهد المعقول و العناية اللازمة " وبـــأنها " التزام الفرد بالصدق في أداء التزاماتـــه " وحينذاك يصبح كل طرف على بينة من أمره في ظل مناخ يسوده التعاون والصراحـــة بما يمليه ذلك من وجوب الإفصاح والوضوح ، فيكون كل طرف بصـــيرا بمـــا يـــدور حوله فيصدر قراره على الوجه الصحيح.[٢٣٤]

والحقيقة أن للإفصاح والشفافية من جانب الإدارة أثر فعال في زيادة المشروعات الاستثمارية الجديدة ، لأن الإحاطة بالمميزات والعقبات التي تواجه المستثمر ، تحقـــق

---

[٢٣٢]لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن انظر مؤلف الدكتور /محمود الكيلاني " عقود التجـــارة الدوليـــة في مجـــال نقـــل التكنولوجيا " ١٩٩٥ ص.١٨٧ وما بعدها – وانظر البحث المقدم من المرحوم المستشار /عبد العزيز إسماعيل في نـــدوة أكاديمية البحث العلمي عام ١٩٨٦ بعنوان " الشروط المجحفة في اتفاقيات نقل التكنولوجيا " .

[٢٣٣]انظر مقال د.حسام الدين الاهواني والمفاوضات في الفترة قبل التعاقدية تقرير مقدم إلي نـــدوه الأنظمـــة التعاقديـــة للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية – معهد قانون الأعمال الدولي – القاهرة ٢-٣ يناير ١٩٩٢م .

[٢٣٤]لمزيد من الإيضاح أنظر رسالة د / بلال عبد المطلب بدوي المرجع السابق ص٦٥ وما بعدها .

لديه يقينا احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات والشركات وتحويلات الأرباح وتسعير المنتجات والاستيراد والتصدير والضرائب والتأمين ضد المخاطر والقوانين الحاكمة للمرافق العامة .. .. الخ . وهذا المسلك إنما يعبر عن التزام الإدارة بتنفيذ مقتضيات " مبدأ حسن النية في مرحلة مفاوضات إبرام عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* "بما من شأنه بث روح الثقة والأمان لدى الملتزم ، وهو معاون للإدارة في النهوض بمسئولية تأدية خدمات مرفق الامتياز لجمهور المنتفعين به بانتظام واطراد في الحال والمآل .

وإن الإعداد الجيد في مرحلة المفاوضات بما يسفر عنها من اتفاقات تمهيدية تحمل بين طياتها عوامل توازن المصالح بين الطرفين بما تتضمنه من شروط وضمانات آمنة تحول دون نشوء منازعات بينهما ، فإن ذلك يكون غاية ما تصبو الإدارة إليه في مجال تحقيق النفع العام وهى بصدد إبرام هذا النوع من العقود.

ويحدد مضمون الاتفاقيات التمهيدية شكل المستندات التي يتبادلها الطرفان ومحتواها وذلك في مسميات مختلفة مثل البروتوكول أو مذكرة التفاهم أو خطاب التفاهم "أو خطاب النوايا " *Les lettres intention* " وهو الأكثر استعمالا ، ويطلق هذا المسمي على مستندات بالغة التنوع في فحواها ومضمونها ويقتضي الأمر وضع التكييف القانوني لكل منها خاصة أن الصياغة التي تتم بها خطابات النوايا يغلب عليها طابع العمومية وينقصها الدقة التي تتميز بها الصياغة القانونية ذلك مما يجعل مهمة التكييف القانوني والوقوف علي نية أطراف التعاقد أمرا عسيرا .

والمفاوضات بصفة عامة هي العمود الفقري للفترة ما قبل التعاقد والتي تستمر إلي لحظه صدور قبول يطابق الإيجاب والإيجاب كما عرفته محكمة النقض " هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرامه عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد "، غير أن عقد امتياز الـ*B.O.T.* ينفرد ببعض السمات والأوضاع الخاصة يتقيد بها فريق التفاوض من الفنيين والقانونيين فتفرض عليهم إتباع الأحكام واللوائح في مرحله التفاوض تمهيدا للموافقة على إبرام العقد من الجهة مانحه الالتزام .

وفي هذا الصدد تقول الدكتورة / سعاد الشرقاوى : " إن إبرام بعض العقود الإدارية يعتبر عملا شاقا ويحتاج إلي تضافر جهود قانونيين ومهندسين وأطباء واقتصاديين ورجال مال والرجوع إلي وثائق وقوانين وطنية ، وإلى وثائق واتفاقيات إقليمية ودولية ، ومن ثم فإن مثل هذه العمليات تحتاج إلي عدة اشهر من العمل المتواصل والإعداد الجيد لإبرام العقد " .[٢٣٥]

وتبدأ مرحله التفاوض بالجانب الفني وبخطة التشغيل والصيانة « *Les négociations Techniques* »، وفي ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته في الاستجابة لها تبدأ المفاوضات القانونية "*Les négociations juridiques*" لتحديد شروط التعاقد وأحكامه وإعداد الصياغة القانونية للجوانب الفنية لإدراجها ضمن بنود العقد أو ملحقاته في شكل نصوص قانونيه.[٢٣٦]

وتتبلور المفاوضات القانونية في الاتفاق على صياغة نصوص قانونيه متضمنة مواعيد التنفيذ ومدة العقد وصيانة المعدات والأدوات والضمانات البنكيه ومصادر التمويل المالي للمشروع وحدود الغرامات المالية والضمانات القانونية وتحديد القضاء المختص للفصل في المنازعات و بيان القانون الواجب التطبيق .

وبناء على ما تقدم فإن المفاوضات القانونية تحتاج إلي فريق يتمتع بقدره تفاوضية عالية و دراية كافيه بالأنشطة المتنوعة محل العقود بنظام الـ*B.O.T.* وبالأنظمة القانونية المختلفة ، لهذا يظل توافر الخبرة القانونية في فترة التفاوض أمرا بالغ الأثر في مجال إفراغ شروط وأحكام العقد وملحقاته في صياغة قانونية سليمة حتى يكون العقد متسقا ومنسجما مع كافة الوثائق المرتبطة به.[٢٣٧]

---

[٢٣٥] أنظر مؤلفها العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢١٤ .

[٢٣٦] أنظر د.عوض الله شيبه الحمد "النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة.رسالة دكتوراه –كلية الحقوق جامعة أسيوط ١٩٩٢ص ٢٧٠ وما بعدها.

[٢٣٧] في مجال الرشوة والاحتيال كنموذجين للجرائم التي تقع في دائرة إبرام العقود والمنصوص عليها في المواد من ١٠٣إلي ١١١ من قانون العقوبات المصري انظر مقال الدكتور المستشار /احمد رفعت خفاجى "بعنوان "رشوة مفاوضي العقود الدولية في التشريع العقابي المصري (العمولات)–مجلة المحاماة العدد الأول و الثاني عام ١٩٨٦ ص٣٨ .

المطلب الثاني

صياغة مشروع عقد امتياز الـ *B.O.T.*

تعريف الصياغة القانونية : [٢٣٨] الصياغة أداة يجرى بمقتضاها نقل التفكير والتعبير عنه بما يقيم تواصلا بين طرفي الرابطة العقدية عن حقيقة المعنى المراد التعبير عنه فإذا ما أفرغت الصياغة وفق الأصول والقواعد القانونية تضاءل أو انعدم احتمال نشوء منازعات بين الطرفين ذلك لحرص رجال الأعمال والمستثمرين على تجنب سلوك طريق التقاضي ولهذا يكون للقائم بأعمال الصياغة القانونية دور فعال ومؤثر من خلال التعرف والتنبؤ بنقاط الخلاف ووأدها أو معالجتها في المهد منذ البداية.

وتتم الصياغة القانونية عن طريق استخدام لغة معينة في الكتابة تعبر عن المعنى المطلوب تحديدا وبدقة تامة وذلك لضمان تطابق الكلمات المختارة في ضوء طبيعتها مع المفاهيم المراد التعبير عنها فهي بالنسبة للمحاسب الأرقام وبالنسبة للكيميائي الرموز ..الخ ، أما بالنسبة لرجل القانون فهي الكلمة والجملة والمصطلح وعلامات فصل الكلام والعبارات وتطابق الأسماء مع مسمياتها الحقيقية.

وبهذه المثابة يتعين اختيار المصطلح القانوني الدقيق فالبطلان أو الانعدام أو الفسخ أو الانفساخ أو الاسترداد أو إسقاط الالتزام مثلا كلها تشير إلى زوال العمل القانوني لكن عناصرها تجعل لكل كلمة منها معنى مختلف الأمر الذي يلزم بالصياغة اختيار ما يكون متطابقا والمعنى المراد التعبير عنه بدقة بالغة لاحتواء الموضوع محل الاتفاق من أجل كفالة توازن المصالح بين طرفي العلاقة بحيث لا يترك الأمر للتأويل والتفسير مما يثير خلافا عن حقيقة المعنى المراد بالكلمة أو المصطلح.

والأمر ليس بعيدا عن الأذهان فتلك الصياغة التي ورد بها قرار مجلس الأمن رقم ١٩٦٧/٢٤٢ قد أثارت خلافا حول المعنى المقصود منها هل هو الانسحاب من أراض احتلت أم من الأراضي المحتلة .

وبإعمال ما تقدم من قواعد في خصوص الصياغة القانونية لعقد الجراج المقام بمنطقة الدراسة بنظام الـ*B.O.T.* والموقع بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٨ فيما بين محافظة القاهرة (طرف أول) والشركة المصرية للاستثمار العمراني (طرف ثان) فقد ورد

---

[٢٣٨] انظر مؤلف أ. د. احمد شرف الدين " أصول الصياغة القانونية للعقود بدون ناشر بدون سنة طبع ص١٦ .

بعجز البند الثالث من العقد ما نصه : " يقوم الطرف الثاني بإنشاء وتشغيل وإدارة المشروع على نفقته الخاصة مع سداد عائد للمحافظة قدرة ٩٠ مليون جنيه ، وذلك عن مدة انتفاع قدرها ٢٥ سنة على أن تؤول ملكية المشروع إلي المحافظة بعد انتهاء مدة الانتفاع " .

ثم ورد في البند السابع عشر من العقد ما نصه : " مع مراعاة شروط وأحكام هذا العقد يعتبر المشروع بمجرد إقامته مملوكا للطرف الأول ومحملا بحق الانتفاع للطرف الثاني طوال مدة الانتفاع على أن يؤول حق الانتفاع للطرف الأول في نهاية المدة ، ويحل محل الطرف الثاني في كافة حقوقه .[٢٣٩]

ونشير في هذا الصدد إلي ملاحظتين :

١)وجود تناقض ظاهر في الصياغة ينعكس أثرها على تكييف طبيعة العقد فالصياغة في البند الثالث تتفق ونظام الـ*B.O.T.* حيث جاءت كلماته متطابقة مع المعنى المراد منها ، بما لا يثير خلافا بين طرفي الرابطة العقدية ، أما الصياغة في البند ١٧ فإنها قد تتفق ونظام الـ*B.L.T* (الإنشاء والتأجير ونقل الملكية) ولا تتفق ونظام الـ *B.O.T.* (الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية) ذلك مما يثير خلافا يفضي إلي المنازعة.

٢)أن استخدام لفظ "يؤول" في البند الثالث من العقد يتفق والمعنى المراد به باعتبار أن الملكية "تؤول" أما حق الانتفاع فينتهي بالنسبة للمنتفع " ويرتد " قانونا إلي مالك الرقبة لكونه -حق مؤقت-لذا فإن استخدام لفظ " يؤول " لا يتطابق والمعنى المراد التعبير عنه في هذا المضمار ، فالمعلوم أن لفظ " آل " ومشتقاته يجرى في نصوص القانون اصطلاحا في شأن أيلولة حق الملكية واستحقاقها للورثة – بسبب الزوجية والقرابة والعصوبه السببية – والخزانة العامة والدولة .

---

[٢٣٩] انظر " أل ، أيلولة ، مالا ، آل علي القوم إيلاء ، آل الرجل : أهله وعياله " معجم الوجيز مجمع اللغة العربية مادة آل ص٣٠ وتحقيق الشيخ محمد أبو العزم الزفيتى لجنة إحياء التراث عام١٩٩٢ ص٧٦ " الوجوه والنظائر"ولفظ آل علي ثلاثة أوجه الأول:قوم ،الثاني : أهل البيت ،الثالث ورثة أي الذرية والذرية إن سفلوا بمعني ذرية الرجل وإن سفلوا

كما تستخدم الألفاظ "رد - يرد - أعاد - رجع" في مجال حق الانتفاع ، في القانون المدني وفي تشريعات الميراث وضريبة الأيلولة .[٢٤٠]

لهذا يتعين إزالة هذا التناقض لدى مراجعة هذا العقد بمجلس الدولة طبقا للقانون وذلك قبل أن يصدر قرار منح الالتزام من رئيس مجلس الوزراء .

---

[٢٤٠] النصوص القانونية التي ورد بها لفظ "مؤول" في القانون المدني وقوانين المواريث وقوانين القانون العام :

المادة ٩٠١ مدني " تسلم المحكمة إلي كل وارث شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين ما آل إليه من أموال التركة" .

المادة ٩١١ مدني : " إذا مات قبل وفاة المورث واحدا أو أكثر من الورثة فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة للورثة ".

قانون ٧٧ لسنة ٤٣ بشأن المواريث المادة ٤ منه:" فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما يبقى منها إلي الخزانة ".

قانون ضريبة الأيلولة : المادة ١ : " تفرض ضريبة على صافي ما يؤول من أموال إلي كل وارث " ، المادة ٥ :" تعد جزءا من الأموال الخاضعة للضريبة الأوراق التي توجد في حيازة من تؤول إليه أموال المتوفى كلها أو بعضها" ، والمادة ٨ : " يراعى في تحديد الضريبة مجموع ما آل من مال المتوفى " ، المادة ١٠ : " لا تسرى الضريبة على الأموال التي تؤول " ،والمادة ١١ : " إذا توفي شخص عن غير وارث أو مستحق آلت إلي الدولة ملكية الأموال " ،والمادة ١٣ : " لا يخضع للضريبة ما يلي : الدار التي كان يقيم فيها المتوفى إذا كان من آلت إليه هذه الدار " ، والمادة ٢١ : " على الورثة وعلى من آل إليه مال بسبب الوفاة أن يقدموا لمأمورية الضرائب اسم المتوفى وأسماء من آلت أمواله ومحال إقامته "

النصوص الواردة في القانون المدني بالنسبة لحق الانتفاع : المادة ٩٩٠ أ " على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد " ،(ب) " وهو مسئول عن هلاك الشيء إذا كان قد تأخر عن ردة إلي صاحبة بعد انتهاء حق الانتفاع " .،ولمادة ٩٩٢ (٢) " للمنتفع الذي قدم كفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ،وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع..

المادة ٩٩٤ (١) " ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء " .

(٢) " وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلي خطأ المالك فلا يجبر على إعادة الشيء إلي اصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه " .

المطلب الثالث

إعداد مشروع عقد امتياز الـ*B.O.T*

من الثابت أن الهيئة المصرية العامة للطيران المدني قامت بطرح عملية إنشاء مطار مرسى علم بنظام الـ*B.O.T.* فكان العرض المقدم من شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (كويتية ذات مسئوليه محدودة) هو أفضل العروض ، ومن ثم جرى اختيار هذه الشركة للتفاوض على تنفيذ العملية وفقا للشروط الموضوعة في هذا الشأن .

وفي ضوء ما تم من مفاوضات بين الطرفين وموافقة السيد وزير النقل والمواصلات تم التوقيع على اتفاق إطار التعاقد بينهما بتاريخ١٩٩٧/٨/٢ بشأن منح التزام إنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم للطرف الثاني.

وقد تضمن " اتفاق إطار التعاقد " على عدد ٢٤بندا ، ٣١ ملحقا بغرض تنظيم العلاقة العقدية بين الطرفين من جميع جوانبها ، ونص في البنود أرقام ١٧،١٦،٥ من هذا الاتفاق على ما يأتي :

- <u>بند ٥ : موضوع الاتفاق :</u>

<u>أ) تأسيس المشروع :</u>

" يلتزم المستثمر – وفقا لما جاء بكراسة الشروط – بالانتهاء من تأسيس شركة ذات كيان مؤسس حسب القوانين واللوائح والنظم السياسية في جمهورية مصر العربية (القانون ٨لسنة ١٩٩٧) ولتوقيع عقد الالتزام بإنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم الدولي في إطار ما هو محدد بهذا الاتفاق ، مع ضمان أن يكون لديه الموارد المالية والبشرية والخبرات التي تؤهله لتنفيذ التزاماته الناشئة عن اتفاق الالتزام ، وعلى المستثمر أن يقدم للمالك صورة موثقة من كافة المستندات الدالة على ذلك وفي المواعيد التي يتم تحديدها بالملحق (١٣) .

ب) إعداد الدراسات والتصميمات :

١) على المستثمر أن يقوم بإعداد دراسة وافيه ومتخصصة عن مخرات السيول والفوالق بمنطقة المشروع وكذلك دراسة عن الآثار الاقتصادية " والبيئية " لإنشاء مطار بمنطقة المشروع ملحق(٧) .

٢) يلتزم المستثمر بإعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٠) والتصميم الأولى لكل عنصر من عناصر المشروع على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١١)، والتصميم النهائي على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٢) على أن يتم تقديم هذه الدراسات للمالك في المواعيد التي يتم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (١٨) للمراجعة وعلى المستثمر الالتزام بأي تعديلات يطلبها المالك أو من ينوب عنه للوصول إلي المعايير القياسية .

٣) يلتزم المستثمر أن يكون إعداد الدراسات والتخطيط والتصميمات وفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٥) " تحدد المعايير والهيئة التي أصدرتها والتاريخ الذي صدرت فيه " .

- بند ١٦ : توقيع عقد منح الالتزام :" ويتم توقيع عقد الالتزام طبقا لما هو محدد في هذا الاتفاق بين المالك والشركة المزمع تأسيسها وفقا للبند (٥-أ) وبعد تقديمها للدراسات الأولية المطلوبة بالبند (٥-ب) من هذا الاتفاق .
- بند ١٧ : قرار منح الالتزام :" يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها قرار من مجلس وزراء جمهورية مصر العربية " .

وقد قام مجلس الدولة طبقا للقانون بمراجعة " اتفاق إطار التعاقد " ومشروع العقد بنظام الـ *B.O.T.* وتم في هذه المرحلة إعداد وصياغة مشروع العقد المزمع إبرامه بين الطرفين وذلك بعد أن تم تنفيذ :

- إجراءات تأسيس الشركة طبقا للقانون.
- ما تضمنه البند ٥ " اتفاق إطار التعاقد " من شروط وأحكام .

المبحث الثالث
" التصريح بالتعاقد و إبرام العقد
بنظام الـ B.O.T. "

وإنه طبقا لما نص عليه في البند رقم (٥-أ) من "اتفاق إطار التعاقد" قامت شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مصرية مساهمة " بالاشتراك مع مؤسسين آخرين وفق أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار لتكون " الطرف الثاني " في عقد الامتياز المتوقع إبرامه .

وبموجب قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم ٣٨١ لسنة١٩٩٧ صدر الترخيص بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات بهدف إنشاء وإدارة مطار مرسي علم وذلك لمدة بقاء الشركة طوال فترة الإنشاء والامتياز مضافا إليها خمس سنوات.

وبعد أن قامت شركة إيماك مرسى علم بتسليم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني الدراسات الأولية المطلوبة تنفيذا لما جاء بالبند (٥-ب) من اتفاق إطار التعاقد ، واستيفاء ما ورد بالبند ١٦ من اتفاق إطار التعاقد ، تم اتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على:

- موافقة مجلس الوزراء بالتعاقد
- إبرام عقد الامتياز (التوقيع على العقد)
- صدور قرار مجلس الوزراء بمنح الالتزام .

أولا : التصريح (أو الإذن) بالتعاقد بموافقة مجلس الوزراء :

ورد كتاب السيد / وزير شئون مجلس الوزراء والمتابعة رقم ٥٤ بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٠ الموجه إلي السيد المهندس/ وزير النقل والمواصلات يفيد موافقة مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٩ على منح الالتزام بإقامة مشروع إنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ش.م.م إعمالا لأحكام للقانون رقم ٣لسنة ١٩٩٧ .

ثانيا : ابرام عقد الامتياز :

تحرر العقد باللغة العربية ومستندات الدراسات باللغة الإنجليزية محتويا على عدد ٢١ مادة ، ٣١ملحق وتم بمقر مجلس الوزراء في يوم الأحد الموافق ١٩٩٨/٢/٨ توقيع العقد بين كل من :

١) حكومة جمهورية مصر العربية والممثلة بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني وعنوانها جمهورية مصر العربية - القاهرة ويمثلها الطيار / عبد الفتاح محمد كاطو " رئيس مجلس الإدارة " .

(ويعبر عنها بالمالك) " طرف أول "

٢) شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مساهمة مصرية " طبقا لأحكام القانون رقم ٨لسنة ١٩٩٧ وعنوانها (٧١ أ) شارع محمد حسين هيكل - مدينة نصر - القاهرة ويمثلها السيد / لؤى جاسم الخرافي .

(ويعبر عنها بالملتزم) " طرف ثان "

وتنص المادة ١٥ من العقد : بدء سريان العقد " يعتبر هذا العقد ساريا اعتبارا من تاريخ توقيعه من الطرفين " .

ثالثا :قرار مجلس الوزراء بمنح الالتزام :

وبتاريخ أول يوليو عام ١٩٩٨ م صدر قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨ (المرفق) بمنح إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ *B.O.T.* لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات (ش. م. م) .

قرار مجلس الوزراء

رقم (١) لسنة ١٩٩٨

بمنح إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة

مطار مرسى علم بنظام الـ *B.O.T.* لشركة إيماك مرسى علم

لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مساهمة مصرية " .

مجلس الوزراء

بعد الاطلاع على الدستور :

وعلى القانون المدني ،

وعلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول ،

وبناء على ما عرضه وزير النقل والمواصلات :

قـــــرر :

(المادة الأولى)

منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ *B.O.T.* لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصريه" وفقا لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ المشار إليه -وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه ، وملاحقه ، وخرائطه التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد.

(المادة الثانية)

ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية وعلى الجهات المختصة تنفيذه .

صدر برئاسة مجلس الوزراء في ٧ ربيع الأول سنة ١٤١٩هـ الموافق أول يوليو سنة ١٩٩٨م

مجلس الوزراء

نشر بالوقائع المصرية العدد ٢٦٤ تابع في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ م

وقد كان ذلك أول قرار يصدر في جمهورية مصر العربية بمنح التزام بنظام الـ .B.O.T وبذات التاريخ وبنفس الإجراءات صدر قراري مجلس الوزراء :

- رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الـ .B.O.T لشركة كاتو للاستثمار " شركة مساهمة مصرية " .
- رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـ .B.O.T لشركة دلتا جلف " شركة مساهمة مصرية " .

وتمثل هذه العقود الثلاثة اتجاه مصر نحو التوحيد والتنسيق بين العقود الإدارية والوثائق الملحقة بها حسب تصنيف طبيعتها ونوعية نشاطها ، فهذه العقود الثلاثة ليست فقط متشابه بل هي متماثلة لكونها عقود امتياز تخص نشاطا واحدا .

<u>وفي نهاية الباب الأول يجدر الإشارة إلى ثلاثة أمور أساسية:</u>

أولا : يتلازم مع مبدأ " حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في العقد بنظام الـ.B.O.T " مبدأ " التزامها بالقواعد والمبادئ والأحكام العامة في شأن كيفية اختيار المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام ، وذلك على النحو المسطر تفصيلا في الفصل الأول، اعتبارا بأنها من الأصول العامة الواجبة الإتباع في مجال الاختيار ، ومن ثم نحيل إليها تفاديا للتكرار والإطالة .

ثانياً : أن النصوص الواردة في عقد الامتياز بنظام الـ .B.O.T بأجزائه وملاحقه الصادر به قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ تعد أساساً للبحث والمقارنة لدي دراسة آثار عقد امتياز المرفق العام وانقضائه في البابين الثاني والثالث على التوالي . آخذين في الحسبان تبيان أية مغايرة بين النصوص الواردة في العقود الثلاثة المشار إليها كلٍ في حينه .

ثالثاً: أهمية إصدار قانون شامل ينظم عقد امتياز المرافق العامة.

****

الباب الثاني

آثار عقد الامتياز

الباب الثاني

آثار عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم :

عقد الامتياز (أو التزام) المرافق العامة *La concession Des services publics* هو أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله أهمها أيضا على الأقل في الدول غير الاشتراكية [٢٤١]... وتأكيدا لهذا النظر- تتزايد عقود الامتياز بنحو ملحوظ وتتعاظم أهميتها مع نهاية القرن العشرين، بزوال النظام الاشتراكي واتجاه الدول بخطوات واسعة نحو "العولمه" [٢٤٢] آخذه بنظام الاقتصاد الحر - سواء عن رغبة منها أو لضرورة ملحه فمن غير المستطاع الحياة بمعزل عن الآخرين.

والثابت أن الملتزم هو معاون للإدارة في تسيير تلك المرافق وفي عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* يتحمل الملتزم أعباء وتكاليف إنشاء مرفق الامتياز وإدارته واستغلاله ، وعلي الملتزم بذل أقصى جهد ومواصلة الحرص الشديد في سبيل أداء التزاماته التي لا تقف عند حد نصوص العقد مهما كان مستوى محدداتها بلوغا في الدقة ، فالنفع العام يمثل الهدف الذي تسعى الإدارة إلي تحقيقه وهو القاعدة العامة التي تبنى عليها أحكام عقد الامتياز في مراحل إبرام العقد وفي تنفيذه وانقضائه[٢٤٣] ،ومن مقتضيات إعمال هذه القاعدة العامة أن تنهض الإدارة بمسئولياتها نحو مراقبة سلوك الملتزم والإشراف على تنفيذ التزاماته العقدية ، شريطة ألا يكون من شأن النهوض بهذه المسئولية أن تنال الإدارة من حقوق الملتزم المستمدة من العقد ،فلا يتهيب الأشخاص من التعامل مع الجهات الإدارية.

وجدير بالذكر أن معيار الموازنة في مجال رقابة الإدارة، وإشرافها على تنفيذ أعمال الملتزم دون إفراط أو تفريط إنما يقع في المستوى الحدي الذي يمكن التوفيق فيه بين اعتبارين أساسيين أولهما : يكمن في الرضائيه بوصفها جوهر فكره العقد

---

[٢٤١] أستاذنا العميد الدكتور الطماوى (الأسس العامة للعقود الإدارية) دار الفكر العربي ١٩٨٤ ص ٩٦ .

[٢٤٢] تتمثل العولمة في سهولة حركة السلع والخدمات والأفراد والأفكار والمعلومات والعقود والمؤسسات "انظر الأستاذ السيد ياسين محاضرة عن مفهوم العولمة -مركز دراسات الوحدة العربية -بيروت ١٩٩٨.

[٢٤٣] التزام المتعاقد بالتنفيذ هنا لا يقف عند حد الالتزام ببذل عناية وإنما هو التزام بنتيجة.

وهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثـر هـو إنشـاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه ـ ويتمثل الاعتبار الثاني : في الخصائص الذاتيـة لعقد الامتياز والدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام في تزويد الإدارة بسلطات واسـعة في مواجهة الملتزم، لضمان السير المنتظم والمستمر لمرفق الامتياز[٢٤٤].

ويقتضي التوفيق بين الاعتبارين عدم التضحية بأحدهما أو النيـل منـه لصـالح الاعتبار الآخر من أجل إحلال التوازن المالي للعقد عند اختلاله حتى يعود إلي الحالـة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه[٢٤٥] .

ولما كانت الأسس والمبادئ العامة التي تحكم آثار عقد الامتياز تمتد إلي أولئـك المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ذلك أن آثار الامتياز تتعدى طرفي العقد إلي الغـير فتفرض عليهم أعباء وتخولهم بعض الحقوق والمزايا ، لهذا فإننا ندرس مـن خـلال هذا الباب آثار عقد الامتياز في فصلين رئيسين:

الفصل الأول

" التـزامـات وحقوق طرفي الرابطة العقدية

في عقد الامتياز وفي عقد الامتياز بنظام الـــ *B.O.T.* "

الفصل الثاني

" آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير "

---

[٢٤٤] مؤلف أستاذنا العميد الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٣٦٨ .

[٢٤٥] مؤلف أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين (الأحكام العامة في تنفيذ العقـد الإداري) دار الثقافـة الجامعيـة ١٩٩٨ ص ١٣ وما بعدها .

الفصل الأول
" التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

نتناول في هذا الفصل وفى مباحث ثلاثة الأسس والمبادئ العامة التي تحكـم أولا :التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الامتياز وامتياز الـ *B .O.T*، ثانيا: سـلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـــ*B .O.T* ، ثالثا: التوازن المالي لعقد الامتياز وامتياز الـــ*B.O.T.* .

المبحث الأول
" التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الإمتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

المبحث الثاني
" سلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*"

المبحث الثالث
" التوازن المالي لعقد الامتياز وامتياز الــ *B.O.T.* "

المبحث الأول
" التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

في هذا المبحث ندرس في مطلبين رئيسيين:

*التزامات المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـــ *B.O.T.*.

*حقوق المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـــ *B.O.T.*.

المطلب الأول
" التزامات المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـــ *B.O.T.* "

المطلب الثاني
" حقوق المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـــ *B.O.T.* "

المطلب الأول

" التزامات المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـ .B.O.T "

نتعرض في هذا المطلب لدراسة أهم التزامات المتعـاقد فـي عقـد امتيـاز المرفق العام والامتياز بنظام الـ B .O.T وهما : التزامه بتنفيذ العقد بنفسه واحترامه مدد التنفيذ على نحو ما يلي :

الفرع الأول

" التزام المتعاقد بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه في عقد الامتياز و امتياز الـــ B .O.T "

الفرع الثاني

" احترام الملتزم مدد التنفيذ في عقد الامتياز و امتياز الـــ B .O.T "

الفرع الأول
" التزام المتعاقد بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه
في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

تمهيد وتقسيم [٢٤٦]:

يمثل الاعتبار الشخصي في العقد أهميه في نطاق نظرية العقد ، وتظهر تلك الأهمية واضحة في العقود المدنية، حين يتمسك الدائن بضرورة قيام المدين بالتنفيذ بنفسه ، وحين يتمسك المتعاقد بإبقاء حقوق والتزامات المتعاقد معه دون الموافقة على نقلها أو حوالتها إلي الغير .

أما بالنسبة للعقود الإدارية فإن الاعتبار الشخصي يمثل حقيقة ثابتة فيها ، فالنفع العام غاية تسعى جهة الإدارة إلي تحقيقها من إبرام العقد الإداري ويبدو أثر ذلك ملموسا في النتائج المترتبة على الاعتداد بهذا العنصر بدرجه كبيرة في عقد الامتياز ، وبدرجات متفاوتة في مختلف العقود الإدارية .

ويعني " الاعتبار الشخصي " في العقد " الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته " ويطلق عليه "الاعتداد المنفرد" مثل الحال في عقود المقاولة ،والوديعة ،والهبة ، والتأمين - ويكون الاعتداد بشخصية طرفي العقد أي " الاعتداد المزدوج " في عقد الوكالة وفى عقد شركة التضامن ، وذلك حيث يراعى كل طرف في العلاقة العقدية الاعتبار الشخصي للطرف الآخر وصفاته .

وفي العقود الإدارية يتوقف مدى أهمية عنصر الاعتبار الشخصي على درجة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام وبالنفع العام ومداه - فتكون شخصية المقاول أو المورد في عقود الأشغال العامة والتوريد محل اعتبار ، ويكون الاهتمام بشخصية الملتزم بالغ الأثر في عقد امتياز المرفق العام .

---

[٢٤٦] أ.د. محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة لالتزامات المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها. وانظر الاعتبار الشخصي في التعاقد رسالة دكتوراه دكتور/سمير إسماعيل مقدمه لكلية الحقوق جامعة الاسكندر بسنة ١٩٧٥ص٧ وما بعدها ، وانظر أ. د. محمد سعيد حسين أمين "المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية " ص ٥٥ سنة ٢٠٠٢.

Jez "Le contrats administratifs tome2 1932 Paris P 273 et suiv.

De laubadere les contrats tome 2 p. 103 et suiv.

وفي الفقه البلجيكي والفقه المقارن *Flamme, troite theorique des marches publics tome 2 bruxelles 1960 p.11 et suiv.*

وقد اختلف الفقه الفرنسي في هذا الصدد حيث يرى الفقيه " جيز" أن الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي لا يكون على نفس المستوى بالنسبة لكافة العقود الإدارية ، ويرتبط الأساس في تطبيق هذه القاعدة بمدى صلة المتعاقد بالمرفق العام حيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقود الامتياز نظرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شئون إدارته.

ويتشكك الفقيه " دى لوبادير " في ذلك ، ويرى أن القضاء لا يؤكد رأى الفقيه " جيز " على الأقل فيما يتعلق بإعمال هذه القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية - فالقضاء يطبق قاعدة الاعتبار الشخصي على كافة العقود الإدارية دون أن يخص عقد الامتياز بأهمية معينه .

ويرى أستاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين وبحق " أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري و بآثاره ، لا يشكل هدفا في حد ذاته، بقدر ما يكون "وسيلة" تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق الصالح العام .

وتأكيدا لهذا النظر يمكن القول بأن المشرع المصري قد اعتد بهذا العنصر في القوانين المتعاقبة . بمنع الجهات الإدارية من التعامل مع أولئك الذين قيدت أسماؤهم في سجل الممنوعين من التعامل معها بسبب سوء سمعتهم لارتكابهم إحدى الجرائم المبينة في القانون[٢٤٧] .

هذا و يخضع عقد امتياز المرفق العام لقانون خاص وشروط ينظمها العقد وتؤكد وثائق العقد وملحقاته على أهمية الاعتداد بالاعتبار الشخصي، وذلك بغية اطمئنان الجهة المانحة يقينا في قدرة الملتزم على إدارة مرفق الامتياز ، واستغلاله لعشرات السنين ،وهي أمور ذات أهميه بالغة الأثر تجعل من الاعتبار الشخصي عنصرا أساسيا وجوهريا لدى اختيار المتعاقد بما يضمن قدرته ويؤكد لدى الإدارة التزامه التام بتنفيذ عقد الامتياز على أفضل وجه سنين عددا.

---

[٢٤٧] يراجع نص المادة ٢٧ من القانون رقم ٩لسنة ١٩٨٣ والمادة ٢٦من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات ، وقد سبق المحكمة الإدارية العليا تكيد إعمال فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد في حكمها الصادر في ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ – مجموعة المبادئ القانونية ص١٥٦، وحكمها في ٢٨ نوفمبر ١٩٦٩منشور بنفس المجموعة ص١٥٧

والاعتبار الشخصي كعنصر جوهري في عقد الامتياز يتحدد نطاقـه بالصفـات الأساسية الواجب توافرها في الملتزم، لضمان استمراره في تنفيذ العقد بنحو يحقـق الصالـح العام على أكمل وجه ومن هذه الصفات :

(١)الكفاية المالية : وتعنى بأن يسر المتعاقد وملاءته ماليا خير ضمان لتنفيذ عقـد امتياز المرفق العام ذلك بما يتطلبه العقد من إمكانات مالية ضخمه لأداء دور مباشـر وفعال في خدمة المنتفعين بمرفق الامتياز لسنوات طويلة .

(٢)المقدرة الفنية : وتشمل الكفاءة والقدرة الفنية والإدارية والتقنية العالية وفقـا للأصول المتبعة عالميا في مجال أعمال عقد الامتياز محل التعاقد.

(٣) الجنسـية : تكون موضع اعتبار في بعض البلدان، و كذلك في نطاق الأعمـال الحربية ،أو الأمنية لكن بعض البلاد النامية لا تقيم وزنا لهذه الصفة ،حيـث تشـجع الاستثمار الأجنبي لإقامة مشروعات البنية الأساسية عن طريـق منـح التيسـيرات والإعفاءات والمزايا الضريبية.

هذا وتنفـرد الشركات العالمية باستخدام التكنولوجيا والتقنيـة الحديثـة ولا تسمح بنقلها إلي الغيـر وبات الميدان ضيقا تتسم فيه المنافسـة بـالحدة والحـرج وليس للبلدان النامية من سبيل أو خيار في ظل عجز مواردها عن تمويل المشروعات التنموية سوى الاستعانة بالمستثمر الأجنبي في عقود امتياز المرافق العامة .

(٤)الخبرة السابقة وحسن السمعة : ويثبت ذلك من واقع سجل الأعمال السـابقة ،فتكون الجهة الإدارية المختصة على علم ودرايـة كافيـه بمـدى توافـر الصفـات الجوهرية وحسن السمعة للأشخاص من واقع العروض المقدمة منهم ومن المصـادر المعلوماتية الأخري.

وتبدو فكرة الاعتبار الشخصي واضحة من خلال النتائج المترتبة عليها وتتمثـل في التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه وما يترتب عليها من آثار ،وأخصها عـدم جـواز تنازل المتعاقد عن عقدة للغير أو التعاقد من الباطن واستمرار تنفيذ عقد الامتياز رغم وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

ومن المسلم أن تنفيذ عقد امتياز المرفق العام يتم وجوبـا بواسـطة الملـتزم شخصيا ،ويجب عليه أن يبـذل الجهد اللازم بالتعاون الشخصي مع الإدارة في التنفيذ

بنفسه، وتعد التزامات المتعاقد حيال الإدارة وما يتفرع عنها التزامات شخصيه يسأل عنها وليس له من سبيل للتحلل من هذه المسئولية حتى في حالة وقوع الفعل من أحد تابعيه ودون علمه أو بغير رضائه ، بما مؤداه أن مخالفة المتعاقد التزامه بالتنفيذ بنفسه يشكل خطأ عقديا يجيز للإدارة توقيع الجزاء العقدي المناسب عنها.

ومن الأحكام التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض المصرية في تأكيد مبدأ التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه ما يلي :

ـ من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ والتزاماته مع الإدارة شخصية لا يجوز أن يحل غيره فيها[٢٤٨] .

ـ أن المقاول الأصلي هو الملتزم بتنفيذ العقد شخصيا،وليس له التحلل من مسئوليته عن ذلك حتى ولو وقع الفعل الموجب للمسئولية من مندوبه أو معاونيه[٢٤٩].

ـ النص في العقد بالتزام المتعاقد استخدام مهندس تتوافر فيه صلاحية معينة -الغاية منه تحقيق مصلحة المرفق العام ،وأن الخروج على هذا الشرط بالمخالفة لنصوص العقد ينطوي على إخلال بمصلحة المرفق[٢٥٠].

وفي تأكيد مبدأ التزام الشخص بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٣من يونيو ١٩٤٧ في قضية :

'Nouvelle Société fermière de L'établissement Thermal de luxueuse- Les Bains'

بصحة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بوضع المنشأة تحت إدارتها المؤقتة بسبب ترك المتعاقد المرفق دون أن ينيب عنه أحد في إدارته[٢٥١].

---

(٢٤٨) الإدارية العليا جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ س٨ ص ٣٢٤

(٢٤٩) محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ مدني س٥ ص ٦١٩.

(٢٥٠) الإدارية العليا الطعن ٨٦٦-١١ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٨

(٢٥١) المجموعة ص ٢٥٣ والأحكام مشار إليها في مؤلف الموسوعة في العقود الإدارية للمستشار حمدي ياسين عكاشة ص ٣٥٢ الناشر دار المعارف بالإسكندرية عام ١٩٩٨.

ومناط قاعدة الاعتبار الشخصي يكمن في التزام المتعاقد بتنفيذ العقـــد بنفســه وما يترتب على ذلك من آثار وأخصها : مدي جواز تنازل الملتزم عن عقده للغــير أو التعاقد بشأنه من الباطن ، واستمرار عقد الامتياز عند وفاة الملـــتزم أو إفلاســه أو إعساره ، والاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـــ *B.O.T.*

ونتعرض لدراسة ما يخص ذلك من أحكام فيما يلي :

أولا

أحكام التنازل عن عقد الامتياز.

ثانيا

أحكام التعاقد من الباطن في عقد الامتياز .

ثالثا

أحكام انتهاء الرابطة العقدية بسبب وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

رابعا

أثر الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

أولا : أحكام التنازل عن عقد الامتياز :

التنازل عن العقد " *La cession* " هو التصرف القانوني الذي يبرمه الملتزم مع الغير ، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن عقد الامتياز ، ويعد التنازل بهذه الصورة إهدارا واضحا لقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد امتياز المرفق العام - لذا يشترط الحصول على موافقة جهة الإدارة مقدما على هذا التصرف حتى ينتج أثره في مواجهتها، وليس بلازم أن يكون اشتراط الموافقة منصوصا عليه في وثيقة الامتياز لأن هذا الحق يستمد سنده من طبيعة عقد الامتياز بما يحمله هذا العقد ، ويتلازم معه من خصائص ذاتية تكمن في حرص الجهة المانحة على ضمان السير المنتظم والمطرد للمرفق العام .[٢٥٢]

ولهذا ينبغي إيضاح الفرق في الآثار المترتبة على التنازل بين حالة موافقة جهة الإدارة على تنازل الملتزم عن عقدة وحالة رفض الإدارة لهذا التنازل .

الحالة الأولى : موافقة الإدارة على التنازل عن عقد الامتياز وآثاره:

في هذه الحالة تكون الإدارة مدفوعة للموافقة على إجراء التنازل بتأثير عوامل شتى، أخصها وحده الهدف الذي تسعى الإدارة إلي تحقيقه، من خلال الاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز إذا ما حدث اختلال في الكفاية المالية والفنية للملتزم ثم إقدام الملتزم على التنازل عن عقده لشخص آخر يتمتع بكفاية أعلى وصفات ومقومات تتطلبها الإدارة لتنفيذ عقد الامتياز على نحو أفضل- فلا مناص حينئذ من الموافقة على إجراء التنازل تحقيقا للصالح العام.

وبالتالي ينشأ بين الإدارة والمتنازل إليه علاقة عقديه جديدة مباشرة ليصير مسئولا وحدة عن تنفيذ العقد للمرحلة المقبلة - كما ينتقل إليه التزام صيانة الأعمال جميعها سواء المنفذ بمعرفته أو تلك التي نفذت بمعرفة المتنازل ، على أن يظل كلاهما مسئولا عن الضمان العشري لسلامه الأعمال كل في حدود ما نفذه -

---

[٢٥٢] أ.د. محمد سعيد- الأحكام العامة – المرجع السابق ص٦٧ وما بعدها، وانظر حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٧يناير ١٩٥٧ مجموعة المبادئ القانونية في خمسة عشر عاما من ١٩٤٦-١٩٦١ الجزء الثاني ص ١٩١٨، وحكمها في ٤ يونيو ١٩٦١ المنشور بالمجموعة ص ١٩٢١، وحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ وأنظر أ.د. محمد سعيد حسين أمين المبادئ العامة مرجع سابق ص ٦٧.

وقد تأيد هذا الاتجاه بأحكام مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٤ يونيو ١٩٢٧ في قضية *Ville costelenaudry* المجموعة ص ٧٠٣.وحكمه في أول مارس سنة ١٩٤٠ في قضية *Ouvrière d entreprise* المجموعة ص٨٦. (٢٥٣)

إذا كانت الإدارة قد اعتمدت التنازل فهل يستفاد ضمنا أن ثمة تضامن قام بين المتنازل والمتنازل إليه ؟ ، وما مدى سريان قاعدة أن التضامن لا يفترض في العقود الإدارية؟- في ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا:" بوجوب اشتراط التضامن بصريح العبارة فقد تنصرف إليه الإرادة ضمنا ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء واضحة لا خفاء فيها ، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن تؤول لنفي التضامن لا لإثباته ، وعلى من يدعي قيام التضامن أن يقيم الدليل عليه، وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم ، والنص على التضامن في خصوصية بذاتها إن دل على شئ ، فإنما يدل بمفهوم العكس على عدم قيام التضامن فيما عداها "

ويثور تساؤل عن مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على التنازل الملتزم عن عقدة٠٠٠؟ ، وقضي مجلس الدولة الفرنسي في ذلك بأن عقد الامتياز تبرز فيه الصبغة الشخصية لالتزامات المتعاقد بروزا ملموسا وعليه إذا تقدم الملتزم إلى الإدارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقدة، يجب على الإدارة أن ترد عليه في ميعاد مناسب، ولن يجدي نفعا التزامها جانب الصمت ،ولا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض وإلا تعرضت للمسئولية، ويجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام- فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضى العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة وله أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة أو الحكم بتعويض الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك." (٢٥٤)

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأنه " يلمس تطبيقا واضحا لتلك المبادئ في مجال اتفاقيات الامتياز البترولي ،بما في ذلك تحرر جهة الإدارة من الشكليات المتعلقة بالتعبير عن إرادتها في أي شكل تشاء". (٢٥٥)

---

(٢٥٣) الموسوعة للمستشار حمدي ياسين – المرجع السابق ص٣٦٤.

(٢٥٤) أستاذنا العميد الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٠٢ .

(٢٥٥) د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٧١،ص ٧٢.

وتقرر محكمة القضاء الإداري في مصر "بأن التنازل عن عقد المقاولة تكفي فيه الموافقة الضمنية، وبأن جريان المكاتبات بين الإدارة والمتنازل إليه يعتبر قبولا ضمنيا للتنازل فشرط الحصول على القبول الكتابي إنما شرع رعاية لمصلحة الجهة الإدارية المتعاقدة وليس للمقاول فإن هي تنازلت عنه فلا جناح عليها في ذلك"[٢٥٦]،،، وما يتعلق بالسلطة المختصة بالموافقة على التنازل عن العقد فهي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي ما لم يقض المشرع بغير ذلك .

وتقتضي معالجة الآثار التي تترتب على موافقة جهة الإدارة على التنازل عن العقد بيان المركز القانوني لكل من المتنازل إليه *Le cessionnaire* والمتنازل *Le cédant* (المحيل).

__*المركز القانوني للمتنازل إليه :*__ يترتب على موافقة جهة الإدارة على التنازل عن العقد الأصلي إبرام عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه ، فيصبح وحده المسئول أمام جهة الإدارة ويتلقى منها التعليمات والتوجيهات ويكون له وحده حق الحصول على المقابل المالي ما لم ينص العقد الجديد على خلاف ذلك .

__*المركز القانوني للمتنازل :*__ استنادا إلي نشأة العلاقة بين الإدارة والملتزم الجديد فمن الطبيعي انتهاء العقد الأصلي ، ويتحرر المتنازل من كافة الالتزامات تجاه الإدارة ،وبالتالي يحق له استرداد ما دفعه من تأمين إلا إذا كانت هناك منازعات ما تزال قائمة ،__*ومع ذلك فإن معظم العقود الإدارية في فرنسا تشترط بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتعاقد الجديد*__ .

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين وبحق "أن مبدأ استمرار مسئولية المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد . هو من الأصول التي تراعيها جهة الإدارة دائما حرصا منها على الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري ، فالتزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي لا يعنى في هذا المقام التنفيذ المادي للعقد من جانب المتعاقد بقدر ما يعنى مسئوليته الشخصية عن هذا التنفيذ على نحو يحقق الصالح العام، ويسد حاجة المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد".

---

[٢٥٦] حكمها بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩٦٥ في القضية رقم ٨ لسنة ١٣ق وانظر أ.د. الطماوى في الأسس العامة ص ٤٠٢

الحالة الثانية : رفض جهة الإدارة الموافقة على إجراء التنازل عن العقد وآثاره :

إن لجهة الإدارة الحق في رفض الموافقة على التنازل عن العقد وفق سلطتها التقديرية، وهذه السلطة مقيدة ومشروطة بحسن استعمالها وباستهدافها الصالح العام- فإذا تبين للإدارة أن المتنازل إليه لا يتمتع بالصفات الفنية أو المالية التي تؤهله للحلول محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ على نحو يحقق النفع العام. كان لزاما عليها رفض الموافقة على إجراء التنازل ولا تثريب عليها في ذلك، و في هذه الحالة يرتب رفض الإدارة على التنازل آثارا بالنسبة إلي كل من المتنازل إليه والمتنازل :-

*بالنسبة للمتنازل إليه : تعد موافقة الإدارة مقدما على إجراء التنازل شرطا أساسيا حتى ينتج التنازل أثره القانوني في مواجهتها ، ويترتب على رفض الإدارة إجراء التنازل انتفاء أية علاقة عقديه بينها وبين المتنازل إليه، وبالتالي ليس له أن يرجع عليها بأية حقوق تعاقديه، وإن كان له أن يرجع عليها بالتعويض بناء على فكرة الإثراء بلا سبب[٢٥٧] كما يستطيع بصفته دائنا للمتعاقد الأصلي أن يطالبها بحقوق مدينه طبقا للقواعد المقررة في القانون المدني .

*بالنسبة للمتعاقد الأصلي"المتنازل":من الطبيعي أن تظل مسئولية الملتزم عن العقد باقيه ومستمرة فليس له حق الاحتجاج في مواجهة الإدارة بإجراء لم يصادف منها قبولا بل إن التنازل من جانبه دون موافقة الإدارة يعد خطأ عقديا، وهذا الخطأ يبرر في نظر مجلس الدولة الفرنسي توقيع عقوبة فسخ العقد على مسئولية المتعاقد سواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص عليه وإن كان الفقيه"دى لوبادير" يرى أن مسئولية المتعاقد الأصلي عن الخطأ لا تنعقد إلا إذا كان ثمة ضرر لحق بالإدارة من جراء هذا التنازل[٢٥٨]

---

[٢٥٧] الموسوعة للمستشار حمدي ياسين المرجع السابق ص ٣٤٣وما بعدها تطبيقات في نظرية الإثراء بلا سبب وجواز التعويض استنادا لها والأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي مشار إليها في" العقد الإداري في التطبيق العملي انظر د. عبد المجيد فياض ص ٣٠٠،٣٠١،

[٢٥٨] أ. د. العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ١٠٤ ومطول دي لوبادير في العقود الجزء الثاني ص ١٠٩ وقد استعار مجلس الدولة الفرنسي مبادئ وأحكام نظرية الإثراء بلا سبب الواردة في القانون المدني الفرنسي وهو تطور محمود في أحكام القضاء الإداري الفرنسي.

ثانيا " أحكام التعاقد من الباطن في عقد الامتياز "[٢٥٩] :

نتعرض لأحكام التعاقد من الباطن وإجراءات الموافقة عليه وآثاره القانونية فيما يلي:

(١)*ماهية التعاقد من الباطن في عقد امتياز المرفق العام :* التعاقد من الباطن هو تصرف قانوني يبرم بين المتعاقد الأصلي والغير بقصد تنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد - ويفترض بطبيعة الحال أن يكون محل العقد قابلا للتجزئة ، وهذا الشرط يتحقق دائما في مجال تنفيذ عقد الامتياز لطول مدته، ونظرا للتقدم الفني والتكنولوجي المتواصل ،وما يستتبع ذلك من التخصص وتقسيم الأعمال المتنوعة ، ومساهمة الغير بالضرورة في مختلف مراحل تنفيذها وما يلحق تلك الأعمال من التطور الحاصل فيها على الدوام [٢٦٠].

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد فالتنازل من شأنه حلول شخص جديد حلولا كليا محل الملتزم في كافة حقوقه والتزاماته العقدية بينما يترتب على التعاقد من الباطن أن يقوم شخص بتنفيذ جزء أو أكثر من أعمال العقد ، ومن المعلوم أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الامتياز لا يعني بالضرورة قيام الملتزم بنفسه بالتنفيذ المادي للعقد *إنما يتطلب الأمر أن يتحمل وحدة المسئولية الشخصية La responsabilité personnelle والالتزام بالضمان في تنفيذ العقد برمته* ،وبذلك يكون التعاقد من الباطن مسموحا به بصفة عامه طالما أنه لا مساس بقاعدة الاعتبار الشخصي.

(٢)*إجراءات الموافقة على التعاقد من الباطن في عقد امتياز المرفق العام:* التعاقد من الباطن من أبرز النتائج المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي باعتباره الوسيلة التي تيسر مهمة كل من الإدارة والملتزم في تنفيذ عقد الامتياز ،وبدونها تجد الإدارة نفسها مضطرة في مجال تنفيذ مشروع واحد أن تتعامل مع أكثر من شخص ،مما

---

[٢٥٩] انظر أ.د.محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص٧٨ وما بعدها وانظر مقال الأستاذة ***Jaques Daumard*** عن التعاقد من الباطن المنشور بمجلة ***Actulaite juridique de droit administratif*** عدد يناير ١٩٦٢ ص٧ وما بعدها. ويراجع في هذا الصدد مطول دى لوبادير في العقود الجزء الثاني ص١٠٦ ومؤلف الأستاذ ***FLAMME*** - عقود الأشغال العامة المرجع السابق ص١٦ وأنظر أ.د. محمد سعيد المبادئ العامة ص٧٨.

[٢٦٠] *"لا يسوغ افتراض قيام المتعاقد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده دون الاستعانة بمجهودات غيره وإلا وضع أمام استحالة مطلقة "* حكم الإدارية العليا (جلسة ١٦/١/١٩٧١س١٦ص١٥٠).

يؤدى إلي تعدد المسئوليات الناشئة عن تنفيذ عقد واحد، وهو الأمر الـذي لا ترغـب الإدارة فيه انطلاقا من مبدأ وحدة الضمان *Unité de garantie* في مواجهة الملـتزم الذي يتحمل وحدة المسئولية الشخصية عن تنفيذ العقد برمته .فضـلا عـن التطـور التكنولوجي الحاصل على الدوام ومقتضيات التخصص وتقسيم العمل وما يحتاج إليـه الملتزم في مجال تنفيذ عقد الامتياز من معاونة الغير بصفة مستمرة[٢٦١] .

ونظرا للأهمية العملية التي يحتلها التعاقد من الباطن، ذهب جـانب مـن الفقـه الفرنسي إلي أنه ما لم يكن هناك قيد واضح في العقد يحظر التعاقد من الباطن- فـإن *موافقة جهة الإدارة مفترضة،* ورغم ذلك فان الحصول على الموافقة المسـبقة تعد شرطا لازما، وتنظم الأحكام في فرنسا إجراءات الحصول على الموافقة بالنسبة لكافـة العقود الإدارية، حيث يتقدم المتعاقد الأصلي كتابة بطلب الحصـول علـى الموافقـة موضحا فيه اسم المتعاقد من الباطن. وتحاط الإدارة علما به فتطمئن لمدى إمكانياتـه ومقدرته في الوفاء بالتزاماته على أكمل وجه، على أن تبـدى جهـة الإدارة رأيـها بالقبول أو الرفض في خلال واحد وعشرين يوما اعتبارا من تـاريخ وصـول طلـب المتعاقد الأصلي إليها،،، هذا وفي حالة التزام الإدارة جانب الصمت طوال تلك المـدة، فإن ذلك يعد قبولا منها لإجراء التعاقد من الباطن.

وفي مصر فإن القاعدة الواجبة الإتباع في هذا الصدد تتمثـل فـي تحـرر جهـة الإدارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها فلها أن توافق على التعاقد مـن الباطن في أي شكل تشاء ،وقد تكون موافقتها في هذا الخصوص صريحة كما يمكـن أن تكون ضمنيه .

(٣)الآثار القانونية للتعاقد من الباطن في عقد الامتياز[٢٦٢] :

(أ) أثر التعاقد من الباطن في علاقة جهة الإدارة بالمتعاقد الأصلي : استقرت قواعـد التشريع وأحكام والقضاء على تأكيد مبدأ استمرار المسـئولية الشـخصية للمتعـاقد الأصلي عن تنفيذ العقد برمته بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من الباطن ، حتى وإن

---

[٢٦١] انظر الأستاذ *Flamme* المرجع السابق ص ١٥، ويراجع مؤلف أ. العميد الطماوي في العقود.

[٢٦٢] المرجع السابق ص ٤٠٢ ، ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ يوليو ١٩٥١ في قضيـة *Societe la callendrite* وحكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ ، أ.د. محمد سعيد في الأحكام ص ٩٠.

وافقت الإدارة على إبرامه، وتمتد تلك المسئولية فتشمل أخطاء المتعاقد من الباطن أو تأخيره في تنفيذ التزاماته.

(ب) أثر التعاقد من الباطن في علاقة جهة الإدارة بالمتعاقد من الباطن : من مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري بوجه عام، وعقد الامتياز بوجه خاص انتفاء أية علاقة تعاقديه مباشرة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن، ومؤدى ذلك أنه يمتنع على المتعاقد من الباطن اختصام جهة الإدارة مباشرة في خصوص الجزء الذي يتولى تنفيذه من محل العقد.

ويميز الفقه الفرنسي بين نوعين من التعاقد من الباطن :

النوع الأول: يتم إبرامه بغير الحصول على موافقة مسبقة من الإدارة فلا يجوز الاحتجاج في مواجهتها بأي أثر من آثار هذا التعاقد .

النوع الثاني: يطلق عليه بالفرنسية *Le sous traité autorisé* ويتم إبرامه بموافقة مسبقة يحصل عليها المتعاقد الأصلي من الإدارة ، وقد تطور هذا التعاقد بشكل ملحوظ أدى إلي ترتيب بعض آثار تَرقى إلي مرتبة العلاقة التعاقدية المباشرة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن ، والتي تبدو واضحة في مظهرين رئيسيين[٢٦٣]:

المظهر الأول: تمارس الإدارة رقابه تتخذ صورا متعددة منها:

الرقابة الفنية: يخضع المتعاقد من الباطن لرقابه وتعليمات وأوامر وتوجيهات الإدارة في التنفيذ بهدف الاطمئنان والتأكد من سلامة الأعمال وصحة الأداء، مع الالتزام بمطابقة المواد والأجهزة والمستلزمات المستخدمة في مرفق الامتياز لكافة المواصفات المتفق عليها ،وفي جميع الأحوال تملك الإدارة إجبار المتعاقد من الباطن على تنفيذ تكليفات الإدارة بأن تجعل من الملتزم وسيله مؤثرة للضغط عليه .

الرقابة المالية: تملك الجهة الإدارية المختصة سلطة إجراء الرقابة المحاسبية على أعمال الملتزم ،وهذه الرقابة تمتد قانونا بصوره تلقائية لتشمل المتعاقد من الباطن بغيه تصويب الأوضاع في الوقت المناسب ،وفرض سيطرتها من أجل سير العمل في مرفق الامتياز بانتظام واطراد.

---

(٢٦٣) يراجع في هذا الصدد مطول " دي لوبادير " في العقود الجزء الثاني المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها.

الرقابة الأمنية : أنه نظراً لاعتبارات الأمن وسلامة الدولة في مجال عقود التزام المرافق العامة الحيوية يقع التزام قانوني على المتعاقد من الباطن شأنه شأن الملتزم- بالحفاظ على الأسرار في مواقع العمل ،وبتنفيذ كافة ما تصدره الإدارة من تعليمات بهدف تحذيره من إفشاء الأسرار المتصلة بعمله في المرفق حتى لا يتعرض للجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات .

المظهر الثاني: فيما تقدمه الإدارة للمتعاقد من الباطن من تعاون في النطاق المالي: ويقرر الفقيه " دى لوبادير " بأن القاعدة المتبعة في فرنسا قبل صدور مرسوم ١١مايو سنة ١٩٥٣- التي بمقتضاها كان يمتنع على المتعاقد من الباطن الحصول من الإدارة مباشرة على أي مقابل مالي للجزء الذي قام بتنفيذه ،لأن سداد هذا المقابل كان يتم عن طريق الملتزم ، وبصدور المرسوم المشار إليه ،حدث تطور نشأ بمقتضاه علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن ، فيما يخص اقتضاء المقابل المالي ، ولم يؤثر ذلك على تطبيق القاعدة المستقرة بانتفاء العلاقة التعاقدية المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن حتى ولو كان التعاقد قد تم بموافقتها .

ولهذا أثير تساؤل عن طبيعة القواعد القانونية التي تحكم آثار تعاقد الباطن في العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن وما إذا كانت تلك القواعد تنتمي إلي القانون العام أم القانون الخاص فاتضح من خلال البحث بأن العلاقة التي تربط الملتزم بالمتعاقد من الباطن هي من صميم روابط القانون الخاص أما علاقة الملتزم بالإدارة فتنتمي إلي القانون العام ذلك لأنه في حالة فسخ العقد الأصلي بدون خطأ منه فإن نتائج الفسخ تخضع لقواعد القانون العام في حين أن تلك النتائج تخضع لقواعد القانون الخاص بالنسبة للمتعاقد من الباطن .

هذا وللتغلب على هذا التناقض يرى الفقيه *Jacques Daumard*" أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن هي من روابط القانون العام، وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء الإداري، والأساس القانوني في هذه الحالة يكمن في الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن الذي ينتمي بطبيعته إلي

روابط القانون الخاص، ومع ذلك فإن هذا الاتفاق يكون مصدرا لتطبيق قواعد القانون العام في علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن وذلك لسببين[٢٦٤] :

السبب الأول: أن الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن - فضلا عما يشترط لمشروعيته من موافقة الإدارة المسبقة عليه- يحوى ضمن شروطه التزاما يُخضع المتعاقد من الباطن بمقتضاه إلي قواعد الرقابة والتوجيه المباشر من جهة الإدارة على النحو السالف بيانه.

السبب الثاني: أنه في سبيل إجبار المتعاقد من الباطن على تنفيذ التزاماته، تملك جهة الإدارة الرجوع على الملتزم بوصفه المسئول الوحيد عن تنفيذ العقد شخصيا، والثابت أن العلاقة التي تربط الإدارة بالملتزم هي من روابط القانون العام ، وبذلك تخضع علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن لقواعد القانون العام بطريق غير مباشر .

(ج) أثر التعاقد على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن : الثابت أن العلاقة بين الملتزم والمتعاقد من الباطن تخضع لقواعد القانون الخاص كما ينعقد الاختصاص في شأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء العادي، إلا أن الاتفاق المبرم بينهما بتنفيذ جزء من محل العقد، يحيل عادة إلي النصوص الواردة بدفاتر الشروط العامة في العقد الأصلي – وقد يظن لأول وهله بأن مقتضى الإحالة تعنى خضوع هذا التعاقد لنفس القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الأصلي، سواء من حيث طريقة التنفيذ ،أو الجزاءات التي توقع في حالة التنفيذ المشوب بالعيب أو التأخر في التنفيذ.

والحقيقة أنه يصعب التسليم بهذا الرأي على إطلاقه فالمتعاقد من الباطن وإن كان يخضع لرقابه وتوجيه الإدارة فإن الإحالة بصفة عامه إلي دفاتر الشروط لا تعني سوى تطبيق المبادئ التي تضمنتها تلك الشروط طالما أنها لا تتعارض مع شروط الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن.

وقد أشار الفقيه *"Flamme"* لبعض حالات في مجال عقود الأشغال العامة وما أتبع من حلول بشأنها في ضوء اتجاهات القضاء[٢٦٥] :

---

(٢٦٤) انظر مقال الأستاذ *Daumard* بعنوان " المتعاقدون من الباطن في مجال عقود التوريد الصناعية والمنشور بمجلة *L'actualite juridique de droit administrarif* عدد يناير ١٩٦٢ ص ٧.

(٢٦٥) الأستاذ – *Flamme* المرجع السابق ص ٣١ وما بعدها.

- ***طريقة سداد المقابل النقدي المستحق للمتعاقد من الباطن:*** يجوز تطبيق قواعد سداد المقابل المالي الواردة في دفاتر الشروط العامة في حالة وجود شرط صريح في التعاقد من الباطن ويبقى الملتزم في جميع الأحوال ضامنا للوفاء بالحقوق المالية المستحقة للمتعاقد من الباطن. بمعنى أنه يتحمل نتائج تأخر الإدارة في سداد المقابل المالي المستحق للآخر، ولكن إذا تضمن اتفاق التعاقد من الباطن إحالة إلي دفتر الشروط العامة في شأن طريقة سداد المقابل المالي وكيفية تسليم الأشغال العامة محل العقد الأصلي، فإن ذلك يترتب عليه عدم خضوع المتعاقد من الباطن للقواعد المدنية فيما يخص سداد المقابل المالي المستحق له وتخضع المبالغ التي تقاضاها من المتعاقد الأصلي قبل تمام التنفيذ للقواعد المُنظَّمة بدفتر الشروط العامة.

أما إذا اقتصرت الإحالة على طريقة التنفيذ دون أن تمتد إلي كيفية سداد المقابل، فإن أثرها يكون قاصرا فقط على طريقة التنفيذ مع وجوب النص الصريح بالإحالة إلي دفتر الشروط العامة في اتفاق التعاقد من الباطن لتطبيق ما ورد فيها من أحكام ، وإذا وردت الإحالة بصفة عامه وإجمالية لما تضمنه دفتر الشروط العامة من اشتراط خاص بمراجعة الأسعار في العقد الأصلي *Révision des prix* فلا يسرى ذلك على المتعاقد من الباطن طالما أنه لا يوجد بعقده نص صريح يوضح نطاق تلك الإحالة .

- ***مدى التزام المتعاقد من الباطن بتقديم ضمان مالي :*** في حالة التزام المتعاقد الأصلي بسداد تأمين نقدي للإدارة ضمانا للوفاء بالتزاماته ولم يتضمن الاتفاق مع المتعاقد من الباطن شرطا صريحا يلزمه بسداد تأمين نقدي للملتزم فإن مجرد الإحالة بصورة عامه إلي دفتر الشروط لا يخوله حق المطالبة بضمان مالي على غرار ما هو متبع في عقد الالتزام.

- ***الإجراءات التي تحكم استلام الأشغال العامة من المتعاقد من الباطن:***في حالة عدم وجود اشتراط بنص صريح في الاتفاق يخضع المتعاقد من الباطن بمقتضاه للإجراءات التي تحكم استلام الأشغال العامة بعد تنفيذها، فإنه من الصعب تصور خضوع الأخير لتلك الإجراءات .

• ***الجزاءات الموقعة على المتعاقد من الباطن عند التأخر في التنفيذ:*** في حالة تـأخر المتعاقد من الباطن في تنفيذ التزاماته فإن الملتزم لا يملك في هـذه الحالـة سـوى مطالبته بغرامات مالية عن التأخير بقدر يوازي نسبة الضرر الذي أصابه من جـراء ذلك ، وإذا تضمن التعاقد من الباطن شرطا صريحاً يقضى بتنفيذ الأعمال محـل هـذا العقد حسب شروط العقد الأصلي- فقد انقسم رأى القضاء إلي اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن احتواء اتفاق التعاقد من الباطن على هـذا الشـرط لا يرتـب تطبيق الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي المنصوص عليه فـي العقـد الأصلـي إلا إذا اتضح بأن نية الطرفين قد اتجهت إليه صراحة.

الاتجاه الثاني : أن مقتضى الإحالة إلي العقد الأصلـي يكـون مـن نتيجتـه تطبيـق الجزاءات الواردة به على المتعاقد من الباطن، بمراعاة التناسب بين الجزاء الموقـع وقدر الضرر الذي أصاب الملتزم من جراء ذلك.[٢٦٦]

• ***مدى تطبيق الشروط الاستثنائية في العقد الأصلي على المتعاقد من الباطن:*** يثـور تساؤل عن الآثار المترتبة في حالة احتواء اتفاق التعاقد من الباطن لشروط اسـتثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ،فهل يستطيع المتعاقد الأصلـي بـالإرادة المنفـردة ودون اللجوء إلي القضاء أن يمارس بمقتضاها تعديل التزامات المتعاقد من الباطن أو توقيع جزاءات عليه لضمان تنفيذ ذلك على غرار ما هو متبع في العقد الإداري، بمـا يعد من مظاهر السلطة العامة ؟ يقرر الأستاذ "*flamme*" أنه بمقتضى مبـدأ الحريـة التعاقدية يجوز للأفراد أن يُضمنوا اتفاقاتهم ما يشاءون من شروط علـى أن تكـون واضحة لا يشوبها لبس أو غموض.

ويـرى وبحق أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأنـه "لا غضاضـة بالنسبة للمتعاقد الأصلي الذي يخشى لأسباب معقولة تتصل بالصالح العـام احتمـال تقاعس مدينه (المتعاقد من الباطن) عن الوفاء بالتزاماته في الموعـد المحـدد- أن يُضمّن الاتفاق المبرم بينهما شروطا غير مألوفة في القانون الخاص لضمـان تنفيـذ

---

(٢٦٦) تراجع الأحكام القضائية المشار إليها في هامش مؤلفه السابق الإشارة إليه هامش ص ٣٦ وما بعدها.

هذا الاتفاق على الوجه الأكمل ،وتكون تلك الشروط منتجه لآثارهـــا بطبيعـة الحـال طالما صادفت قبولا من المتعاقد من الباطن لحظة إبرام الاتفاق معه"(٢٦٧).

ثالثاً : أثر الاعتبار الشخصي في انقضاء الرابطة العقدية في عقد الامتياز (٢٦٨)

- **أثر وفاة الملتزم على انقضاء الرابطة العقدية :** تتضمن عقـــود الامتيــاز بيـان الأحكام الواجبة الإتباع في حالة وفاة الملتزم إمـــا بانقضـــاء أو باســـتمرار الرابطـة العقدية نظراً للعلاقة الوثيقة التي تربط الملتزم بإدارة المرفق العام، وقد ذهب الفقيـه " *JEZE* " إلي أن موت الملتزم في عقد امتياز المرفق العلم يؤدى إلي فسخ العقد بقوة القانون – بينما يرى الفقيه "دى لوبـــادير " أن القضـــاء لا يؤيـــد هـــذا الاســـتنتاج ، وتنحصر الأحكام في التوفيق بين مقتضيات سير المرافق العامة ،وبين الحقوق التـــي يستمدها الورثة من المتوفى ،وأن وفاة الملتزم في عقد الامتياز يترتب عليها النتـــائج الآتية :
- أن عقد الامتياز لا ينفسخ بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم .
- أن الالتزام يؤول إلي الورثة إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك .
- أنه في حالة تضمين عقد الامتياز شرطا يقضى بضرورة موافقـــة الإدارة علـى حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ عقد الامتياز . فإن الإدارة لا تملك حق الرفـــض إلا في حالة انعدام الكفاءة الفنية – فليس بلازم أن يكـــون الخلـــف *Ayant Cause* متمتعا بنفس الكفاءة الشخصية لسلفه "الملتزم" إنما يكفي أن يكـــون متمتعا بـــالقدرات الفنية بالنحو الذي يُمكّنه من الاستمرار في التنفيذ ، أما إذا كان الورثة لا يتمتعـــون بالأهلية في تاريخ وفاة الملتزم، فإن الإدارة تلتزم بفسخ العقد، ومع ذلك يجـــوز لـــها في بعض الأحوال أن تبرم عقداً جديداً مع أرملة الملتزم بصفتها وصيه على أولادهـــا القصر .

---

(٢٦٧) انظر الأستاذ "دى لوبادير" المرجع السابق الجزء الثاني ص ١١٤ وما بعدها والأستاذ *Flamme* المرجع الســـابق ص ١٩ وص ٢٩ وما بعدها، أ.د. محمد سعيد الأحكام العامة ص ٩٠ وما بعدها

(٢٦٨) أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الأحكام المرجع السابق ص١١١ وما بعدها ، ويراجع مؤلف "جيز" في العقود المرجع السابق الجزء الأول ص ٢٠٧ ، ومؤلف دي لوبادير المرجع السابق الجزء الثاني ص ١١٢ وما بعدهـــا ، والعميد الطماوى في العقود ص ٤٠٥ المرجع السابق ، وأنظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ أبريـــل ١٩٥٠ في قضية *Nuncie* المجموعة ص ٢٣١ .

ويقرر الأستاذ "دى لوبادير" بأنه في حالة انحلال الشركة المتعاقدة فإن عقد الالتزام لا ينتهي إلا بعد تمام إجراءات الحل فالشركة تظل قائمه قانونا في فترة التصفية وليس للإدارة أن تستند إلي مجرد حالة التصفية لإنهاء عقد الامتياز لكن الأمر يختلف إذا نُص على غير ذلك.

- <u>*أثر إفلاس الملتزم أو إعساره على انقضاء الرابطة العقدية :*</u> تتكفل دفاتر الشروط عادة بوضع الحلول الواجب الأخذ بمقتضاها في حاله إفلاس الملتزم أو إعساره ويرى الأستاذ" *Jeze*" أنه نظرا للطبيعة الخاصة بعقد الامتياز وطول المدة التي يستغرقها تنفيذه فإن إفلاس الملتزم يرتب الفسخ بقوة القانون بما تحويه دفاتر الشروط من نصوص تقضى الفسخ.

وفي حاله خلو العقد ودفتر الشروط العامة من الأحكام الواجبة الإتباع في هذا الصدد - يقرر الأستاذ "دى لوبادير" أن القاعدة المسلمة قضاءً : "<u>أن الإفلاس أو الإعسار لا يؤدى بذاته إلى إنهاء العقد وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا ما رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك.</u> [٢٦٩]

وفي هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين "والحقيقة أن ترك سلطة الفسخ للإدارة على النحو السابق وعدم إنهاء العقد بقوة القانون إنما يتفق والمعني الذي حرصنا على ترديده بأن فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيله - لا غاية- تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام ومصلحه المنتفعين بخدمات المرفق العام ".

وفي مصر فإن المشرع لم يترك لجهة الإدارة سلطة تقديرية في فسخ العقد عند إفلاس المتعاقد أو إعساره ،وإنما جعل الفسخ أمراً لازما بقوة القانون بمقتضى نص المادة ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات بأن"يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين: <u>إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.</u>

---

[٢٦٩] يراجع مؤلف " جيز" المرجع السابق ص ٢٣٠ كما يراجع مطول "دى لوبادير"في العقود المرجع السابق الجزء الثاني ص١٢١ وما بعدها ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٠٢ في قضية*CHOMBON*المجموعة ص٢٤٤ وحكمه بتاريخ ١٨ ابريل ١٩١٧ في قضية*LABAT*المجموعة ص٣١٧ وانظر أ.د. محمد سعيد في الأحكام – المرجع السابق ص١١٨ وما بعدها ويراجع العميد الطماوي في العقود ص٤٠٧

رابعاً: أثر الاعتبار الشخصي في عقد امتياز الـ B.O.T. :

تسرى الأحكام المبينة في هذا الفرع بشأن قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* فضلا عن القواعد الآتية :

تضمن اتفاق إطار التعاقد مع المستثمر على أحكام تتعلق بآثار الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز المتمثلة في اختيار المتعاقد والتزامه بتنفيذ العقد بنفسه، وعدم جواز التنازل عن العقد للغير، أو التعاقد من الباطن دون موافقة المالك ،وبضرورة تأسيس شركة مساهمة لإنشاء وتشغيل، وتسليم المطار بعد مدة الامتياز مضافا إليها خمس سنوات بعد نهاية المدة.

وقد التزم المستثمر في اتفاق إطار التعاقد بتأسيس شركة ذات كيان قانوني بالتطبيق لحكم القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، مع ضمان أن يكون لديه الموارد المالية والبشرية ،والخبرات التي تؤهله لتنفيذ التزاماته وعلى المستثمر أن يقدم للمالك صورة موثقه من كافة المستندات الدالة على ذلك وفي المواعيد التي يتم تحديدها بالملاحق ،،،وقد تضمن العقد المبرم بين الطرفين في البند "تمهيد" :

"ووفقا لما ورد بالبند رقم (٥/أ) من موضوع الاتفاق -قامت شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئوليه محدودة) في ١٩٩٧/٨/٢٧ بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصريه طبقا لأحكام القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م لتكون الطرف الثاني في هذا العقد وملاحقه ،وقد صدر بذلك قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم (٣٨١)لسنة ١٩٩٧ م بالترخيص بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ،وذلك بهدف إنشاء وإقامة وإدارة المشروع مدة بقائها طوال فترة الإنشاء والامتياز،مضافا إليها خمس سنوات لضمان تسليم المطار وإعادته إلى الدولة بعد نهاية فترة الامتياز.

وبناء عليه تم في ١٩٩٨/٢/٨ التوقيع على عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات وصدر قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨بمنح التزام إنشاء وتشغيل وإدارة واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ *B.O.T.* للشركة

إيماك"ش. م. م." بالتطبيق لأحكام القانون رقم (٣)لسنة ١٩٩٧ وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد [٢٧٠].

هذا وفيما يتعلق بالتنازل عن عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* أو التعاقد مع الغير من الباطن لأداء عمل من الأعمال فقد نص في المادة (٥) من العقد بأنه: لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلي الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة ، وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل ،واعتبارا من تاريخ الموافقة ،ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم هذا التنازل إلا إذا استوفي الملتزم شروطا معينة عند التنازل وتنص المادة (٦) من العقد:

(أ) للملتزم-بعد الحصول على موافقة المالك كتابة - التعاقد مع من يختاره من مقاولي الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار ،وعلى نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك وعليه أن يزود المالك بقائمة هؤلاء المتعاقدين وبياناتهم (الاسم -العنوان - وصف الأعمال المتعاقد معه عليها)

(ب) ليس من شأن تعاقد الملتزم مع أي من المقاولين التأثير على أداء أي التزام من التزاماته بموجب هذا العقد ،أو أن ينتقص من مسئوليته عن التقصير في أداء ذلك الالتزام ،أو أن يلغى تلك المسئولية.

(ج) يوافق الملتزم على تعويض المالك عن أي ضرر يلحقه مقاولو الباطن بحقوق المالك ،أو تنجم عنه أية مسئولية قد يتحملها المالك تجاه الغير نتيجة قيام مقاولو الباطن ،أو إغفالهم القيام بعمل من الأعمال.

---

[٢٧٠] ويبدو واضحاً أهمية أن يكون الملتزم في الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* شخصا اعتباريا في شكل شركة مساهمة مصرية مدة حياتها تزيد عن مدة العقد ضماناً لبقائها طوال مدة الامتياز مضافاً إليها خمس سنوات ، وهي ميزه لا تتوافر للشخص الطبيعي لأن مدة الامتياز تمتد سنين عددا ،والشركة المساهمة بطبيعتها من الكيانات الكبيرة القادرة على استخدام التقنيات الحديثة ،مع خضوعها للتفتيش من جهات رقابية "مصلحة الشركات وهيئة الاستثمار وهيئة سوق المال ..الخ وأيضاً ما يشترطه القانون من أوضاع في القيود المحاسبية وفي إعداد الميزانيات وحساب الأرباح والخسائر وحسابات الأصول والخصوم والتزامها بتعيين محاسب قانوني ومستشار قانوني طبقا للقانون

الفرع الثاني
" احترام الملتزم مدد تنفيذ
عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

تمهيد وتقسيم : [٢٧١]

يلتزم المتعاقد مع الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري بمراعاة مدة التنفيذ المحددة في العقد- والمعلوم أن عقود الامتياز تمثل إحدى الوسائل الهامة للإدارة في مجال تسيير المرافق العامة ، لذا فإن احترام المدد المنصوص عليها في هذه العقود يعد الترجمة الفعلية للقاعدة الأصولية التي تحكم سير المرافق العامة في تقديم الخدمات الدائمة والمنتظمة للمنتفعين بها.

وتتضمن كل من دفاتر الشروط العامة ومدونة العقود الإدارية الفرنسية مواد خاصة بضرورة مراعاة مدد التنفيذ [٢٧٢]، فضلا عن وجود نظام خاص للجزاءات يصل إلي حد توقيع عقوبات جنائية ، وتحرص القوانين المتعاقبة المصرية على توقيع الجزاءات المالية حالة تخلف المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته في المدد والمواعيد المحددة في العقد.

ويثير البحث في مدد التنفيذ – مسائل تتعلق بالتعريف بها ، وكيفية حسابها ،والقوه الملزمة لها والمبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ نتعرض لدراسة هذه المسائل في بنود أربعة على الوجه التالي:

أولاً : " التعريف بمدد التنفيذ وكيفية حسابها في عقد الامتياز "

ثانياً : " القوه الملزمة لمدة التنفيذ في مواجهة الملتزم "

ثالثاً : " المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ في عقد الامتياز "

رابعاً : "احترام مدد التنفيذ في عقد امتياز الــ *B.O.T.* "

---

(٢٧١) أ.د.محمد سعيد الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها.

(٢٧٢) *Code des marches publics 1979 Articles 45,59,79,97,193.*

أولاً : " التعريف بمدد التنفيذ وكيفية حسابها في عقد الامتياز "

* التعريف بمدد التنفيذ : تدل عبارة مدة التنفيذ على معان ثلاثة : (٢٧٣)

المعنى الأول : يقصد بمدة التنفيذ الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة واستغلال المرفق العام ويعبر عنها بـ "مدة الاستغلال "وهي مدة طويلة نسبيا إذ تتراوح عادة بين عشرين وتسعه وتسعين عاما ، وتبرر طول المدة الزمنية لإتاحة الفرصة أمام المستثمر (الملتزم) لاستهلاك ما قام به من النفقات ،وبهذا المفهوم تعتبر المدة عنصراً مميزاً بين عقد الامتياز وغيره من العقود المشابهة .

وقد استند القضاء الإداري في مصر إلي المدة للتمييز بين عقد الامتياز وبين الترخيص لاستغلال المرفق العام فيما يتعلق بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧فلا تسرى أحكامه على التراخيص لأنها مؤقتة وتمنح لآجال قصيرة وغير قابله للتجديد، ويحق للجهة المانحة إلغاء الترخيص في أي وقت.

المعنى الثاني: يقصد بمدة التنفيذ – المدة التي يلتزم المتعاقد خلالها بإقامة المنشآت ،وتأمين الأجهزة والمعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام .

المعنى الثالث: يقصد بمدة التنفيذ- المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بمرفق الامتياز كمواعيد تسيير القطارات والطائرات وغيرها ، والتي تُحدَّد عادة بالاتفاق بين السلطة مانحة الامتياز والملتزم.

* كيفية حساب مدة التنفيذ : يتضمن عقد الامتياز تحديد تاريخ بداية التنفيذ ونهايته *Date précise* –وإذا خلا العقد من ذلك يتم تحديد بداية المدة من التاريخ الذي يقوم فيه الملتزم بمباشرة عملية الاستغلال ،وفي حالة توقف المرفق أو انقطاع الملتزم عن مباشرة نشاطه، يتعين تسجيل اليوم الأول في التوقف أو الانقطاع بصفة رسميه ،وذلك درءاً لأية خلافات قد تنشأ مستقبلا في هذا الخصوص، وإذا تضمن عقد الامتياز أشغالا عامه . فإن مدة التنفيذ في هذه الحالة تكون خاضعة لرقابه الإدارة وإلي التعليمات والتوجيهات الصادرة للملتزم في صورة أوامر مصلحيه .

وعند خلو العقد من تحديد بداية مدة التنفيذ والتي أصبحت متنوعة بحسب الوسائل المستخدمة في مختلف مجالات الأعمال وتطورها من حين لآخر فإنه يمكن

---

(٢٧٣) انظر " جيز" المرجع السابق ص ٢٨٩ وما بعدها ، أ.د. محمد سعيد أمين الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٢٦ وما بعدها ، والعميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ١٠٦ وما بعدها.

للقاضي تحديد المدد المعقولة للتنفيذ وفق العرف الجاري في كل حالة وبناء على ذلك إذا حددت الإدارة مددا للتنفيذ ليست كافيه حسب العرف الجاري وكان العقد يحوى نصا يقضى بمجازاة المتعاقد حال تأخيره في التنفيذ فإن الجزاء على هذا النحو يعتبر من قبيل شرط الأسد(٢٧٤).

وينبغي على جهة الإدارة تمكين الملتزم من البدء في تنفيذ الأعمال، ويتم تحديد مدد التنفيذ في عقود الأعمال وفق مقتضى المادة ٧٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وذلك من التاريخ الذي تسلم فيه المواقع للمقاول خاليه من الموانع إلا إذا اتفق على غير ذلك -ويكون التسليم بموجب محضر موقع من الطرفين وإذا لم يحضر الملتزم أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي يحدَّد له في الأمر ، يحرر محضرا بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل ،،، هذا ولا يُشفَعُ للملتزم التأخير في بدء العمل أو يرفع عن عاتقه التبعة، إلا عند عرقلة التسليم أو التراخي فيه أو الامتناع عنه من جانب الإدارة بعد أن طالبها بتسليم مواقع العمل وتسجيل ذلك عليها في حينه(٢٧٥).

وبصفة عامه تبدأ مدة التنفيذ في السريان من اليوم الذي يسلم فيه للمقاول جميع المستندات اللازمة للبدء في تنفيذ الأعمال، كالرسومات والتصميمات والمقايسات، وتجدر الإشارة إلي التحفظ الجوهري الذي نوه عنه الفقيه *JEZE* في هذا الخصوص ، " أن الأمر المصلحي الذي يُعلن إلي المقاول. لابد وأن يصادف قبولا منه، وإذا ثار شك حول تاريخ البدء في التنفيذ ينبغي البحث عن النية المشتركة للطرفين بشرط أن يكون العقد مصدقا عليه من السلطة المختصة و تم إبلاغه للمتعاقد حتى ولو كانت أعمال التنفيذ قد بدأت قبل تاريخ التصديق"(٢٧٦).

ثانياً" القوة الملزمة لمدة التنفيذ" :

يرتكز الأساس القانوني للقوة الملزمة لمدة التنفيذ على فكرتين متميزتين هما فكرة المرفق العام أو النفع العام والرضائيه- فالخط العريض للمبادئ التي تحكم تنفيذ

---

(٢٧٤) د. هارون الجمل النظام القانوني للجزاءات رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٩ ص ٤٠٤.

(٢٧٥) وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٦٣ص٢١٨ .

(٢٧٦) الدكتور هارون الجمل – المرجع السابق ص ٤٠٥.

عقد الالتزام يكمن في التوفيق بين الفكرتين ويكاد الفقه الفرنسي يُجمع على أهمية هذا الالتزام حيث يرى الفقيه " جيز" أن الالتزام بمدة التنفيذ ينتج ضمنيا وحتما من فكرة المرفق العام ،وليس بحاجة إلي نص تشريعي ولا إلي شرط خاص في العقد فالمتعاقد مع الإدارة وقد ارتضي في عقد إداري تعاونه في مرفق عام، فإنه لا يُلزم فقط بتنفيذ التزاماته كما يفعل فرد تجاه الآخر، *وإنما يمتد التزامه إلي كل ما يكون ضروريا لضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام الذي وافق على المساهمة في تسييره*[٢٧٧] .

ويرى الفقيه " بيكينو " :"أن المتعاقد يعتبر مخطئا إذا لم يضمن باستمرار وانتظام وفي كل الظروف ،ورغم كل الصعاب القيام بالتنفيذ الدقيق للمرفق العام ،ويعد مقصرا إذا أخل في تنفيذ أهم وأشد التزاماته صرامة مما يُعرّضه لأقصى الجزاءات، ولا يمكن تبرير خطئه إلا في حالة القوة القاهرة على أن يبذل عناية فائقة تقرب من روح التضحية بصرف النظر عن نصوص العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة [٢٧٨]".

وخلاصة القول أنه بالنظر إلي قوة وصلابة المصطلحات المستخدمة في خصوص احترام مدة التنفيذ ،فإنه لا يوجد من بين التزامات القانون الخاص ما يُفرض بمثل هذه الدقة والصرامة – ويترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية. مؤداها أنه لا يسمح للملتزم بإيقاف التنفيذ أيا كان العذر وأيا كانت الظروف إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ[٢٧٩].

هذا وتقوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال القانون الخاص على اعتبار جوهري مؤداة ، أنه إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أنَ يطلب فسخ العقد وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه فله من باب أولى أن يقتصر على وقف التنفيذ حتى يُنفذ المدين التزامه[٢٨٠].

---

(٢٧٧) انظر رسالة الدكتور هارون الجمل المرجع السابق ص٤١٥، والفقيه *Jeze* ص ٢٠٤ المرجع السابق.

(٢٧٨) يراجع في هذا الخصوص رسالة الدكتور عبد المجيد فياض – المرجع السابق ص١٤٦.

(٢٧٩) يراجع الأستاذ بيكينو المرجع السابق ص٣٢٧ وأ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص١٤١ وما بعدها– ومؤلف سيادته المبادئ العامة ص ١٣٧ وما بعدها مرجع سابق.

(٢٨٠) أستاذنا المرحوم الدكتور السنهورى في الوسيط المرجع السابق ص٧٢٨.

والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها الفسخ ، وهي الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى، وتعد هذه الفكرة مقبولة في مجال القانون الخاص استنادا إلي مبدأ العدالة و حسن النية في المعاملات إلا أنه في مجال القانون الإداري تأبى قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار أن يعطل الملتزم أداء الخدمة لسبب من الأسباب ما دام في استطاعته القيام بها، ذلك أن العلاقة التي تربط الملتزم بالإدارة لا تقف عند حد الالتزامات العقدية ،وإنما هي علاقة تعاون وتضامن وتساند من أجل تسيير المرفق العام.

فلا يصلح أن يستفيد الملتزم من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص ، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه لاسيما عقد الامتياز الذي تتجلى فيه حكمة إعمال المبدأ في أبرز صورها.ولقد امتد سريان هذا المبدأ إلي العقود الإدارية الأخرى كعقد الأشغال العامة مثلا فالمقاول لا يستطيع أن يوقف العمل انتظارا للفصل في دعوى فسخ العقد أو يستند إلي تأخير الإدارة في سداد المقابل ويوقف العمل حتى السداد(٢٨١) ،وتقول المحكمة الإدارية العليا أنه:" لما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق علم فلا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلي الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين إزاء هذه الاعتبار أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته . ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق"(٢٨٢) .

وقد علق أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين على هذا الحكم بالقول "أن ثمة تحفظا يمكن أن يشار إليه في هذا الصدد ، وهو أن عدم جواز إيقاف المتعاقد للتنفيذ إنما هو رهن باستطاعته الاستمرار فيه بمعنى أن تراخي الإدارة في تنفيذ التزاماتها قبله يجب ألا يصل إلي الحد الذي يعجز معه المتعاقد عن الوفاء". (٢٨٣)

---

(٢٨١) انظر هذا الخصوص أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها ورسالة الدكتوراه المرجع السابق، وكذا المراجع الفقهية الواردة والأحكام بهامش ص٢٥٢ وما بعدها .

(٢٨٢) جلسة ٥ يوليه ١٩٦٩ أحكام السنة الرابعة عشرة المجموعة ص٩٣٢.

(٢٨٣) وهي الحالة التي يصبح فيها الملتزم أمام وضع يفرض عليه استحالة التنفيذ.

وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٧١[٢٨٤]: " أنه وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا انه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامه تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها "

ويستطرد أستاذنا في القول " وأما بخصوص ما ورد في الحكم عن جواز الاتفاق بين الطرفين عند التعاقد على إمكانية تمسك المتعاقد بقاعدة عدم التنفيذ في مواجهة خطا معين يقع من الإدارة ، فإنه في حقيقة الأمر ليس إلا تلميحا لدور الرضائيه في مجال تنفيذ العقد الإداري ، ذلك إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام"[٢٨٥]... <u>*والقاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن العقد ينتج أثره بمجرد إبرامه فيكون له قوته الملزمة وتترتب عليه جميع آثاره ، ما لم يعرض للعقد ما يوقفه أو يحول دون لزومه.*</u>[٢٨٦]

<u>*ثالثا "المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ في عقود الامتياز":*</u>

يعالج الفقه مبررات عدم التنفيذ أو التأخير فيه بالنسبة لعقد الامتياز في أمرين <u>الأول:</u> القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، <u>والثاني:</u> فعل الإدارة فالقوه القاهرة فكرة وثيقة الصلة بالتنفيذ ويترتب على توافر شرائطها القانونية إعفاء الملتزم الذي يتمسك بها من تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو منحه أجلا لتنفيذها وتختلف القوة القاهرة عن الظروف الطارئة فالأخيرة فكرة ذات طبيعة اقتصادية *D'ordre Financier* يكون من نتيجتها زيادة الأعباء المالية للملتزم ولا تحول دون قيامه بالتنفيذ في الميعاد طالما كان ذلك باستطاعته[٢٨٧]

([٢٨٤]) المنشور بمجموعة أحكام السنة السادسة عشر ص ٩٧.

([٢٨٥]) انظر مؤلف سيادته في الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٤٥.

([٢٨٦]) انظر أ. د. يوسف قاسم المبادئ العامة في الفقه الإسلامي ص ٣٤ وما بعدها

([٢٨٧]) يراجع في هذا الصدد مؤلف الأستاذ "جيز"في المبادئ العامة للقانون الإداري –الطبعة الثالثة –الجزء الأول ١٩٣٤ص٢٧٠ –كما يراجع مؤلف الأستاذ بيكينو المرجع السابق ص٣٢٨ وما بعدها–وكذا مؤلف الأستاذ"دى لوبادير"الجزء الثاني المرجع السابق ص٤٢ وانظر أ.د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص١٤٩.

وقد كانت الأحكام الأولى لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تنكر اعتبار القوة القاهرة سببا لإعفاء الملتزم من التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا نص على ذلك في العقد، ويعد ذلك مظهرا واضحا بالتزام المجلس جانب الرضائية وسلطان الإرادة في مجال تنفيذ العقود[٢٨٨]،،وكان هذا القضاء هدفا للنقد من جانب الفقه بحجة منافاته للعدالة ، فمن غير المنطقي أن يتحمل الملتزم نتائج فعل كان عاجزا عن دفعه فلا تكليف ولا مسئولية بمستحيل ،،، وحيال ذلك كان المتعاقدون يزيدون في المقابل المالي عند التعاقد لمواجهة تلك الأخطار على سبيل الاحتياط الكلى مما أدى إلي تحميل الخزانة العامة للدولة أعباء ومصاريف زائدة.

وقد تطور الحال في غضون عام ١٨٥٨، فعدل القضاء عن موقفه بموجب حكمه الصادر في قضية *Sensine* حيث اعترف لأول مرة بالقوة القاهرة مبررا قانونيا لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه أو التأخير فيه حتى في حالة عدم النص عليه في العقد [٢٨٩].

في هذا المقام تجدر الإشارة إلي وجوب عدم الخلط بين القوة القاهرة بهذا المفهوم وبين القوة القاهرة كسبب لفسخ العقد والتي اصطلح على تسميتها بالقوة القاهرة الإدارية*La force majeur administrative* التي لا يتطلب القضاء في شأنها استحالة التنفيذ بل مجرد قلب التوازن المالي للعقد وتعد فكرة القوة القاهرة الإدارية من نتاج مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكمه الصادر في ٩ ديسمبر ١٩٣٢ في قضية شركة ترام شربورج[٢٩٠].

ولقد كشف الحكم المشار إليه عن التطور الحاصل لقضاء المجلس في حرصه الدائم على تحقيق الموازنة بين أمرين – الأول: تحقيق النفع العام من خلال صيانة المال العام وذلك بإجبار الإدارة على دفع تعويضات للملتزم بشأن مرفق بات وشيك

---

[٢٨٨] قد يترتب على القوة القاهرة صيرورة تنفيذ الالتزام مستحيلا على نحو يجيز للملتزم التحرر من التزاماته العقدية في حين أن أقصى ما يترتب على حدوث الظروف الطارئة هو إرهاق جسيم للملتزم ويمكن التغلب عليه بمعاونة الطرف الآخر في الرابطة العقدية بإعادة التوازن المالي لعقد الامتياز إلي سيرته الأولى.

[٢٨٩] وسبق إيضاح ذلك في الباب التمهيدي بأن القضاء المصري الأهلي والمختلط قد أعلن في أحكامه حينذاك بأن القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحكمة تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التي تعقد بحريه وظل هذا الاتجاه ساريا حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة .

[٢٩٠] الدكتور عبد المجيد فياض – المرجع السابق ص١٥٧.

الممات، وبمعنى آخر أصبح غير قابل للحياة ، والثاني : تحقيق الموازنة بين حقوق طرفي الرابطة العقدية في عقد الامتياز من خلال السماح لأحدهما أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد في حالة قلب التوازن النهائي له، وهذا بلا ريب مظهر من مظاهر العدالة بات واضحا على جبين مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الحديث[٢٩١].

* *الشرائط الواجب توافرها للاعتراف بوجود قوة قاهرة :* يجوز لطرفي عقد الامتياز أن يحددا مفهوم وشروط القوة القاهرة بنص في العقد الإداري ، وإذا خلا العقد من هذا النص يتفق الفقه والقضاء على ضرورة توافر ثلاثة شروط جوهرية لكي يصدق في الفعل وصف القوة القاهرة هي: [٢٩٢]

(١) ألا يكون لإرادة الملتزم دخل في حدوث الفعل *L'extériorité* وألا يسبقه أو يقترن به خطأ عقدي في جانبه فمن غير المستساغ القول بأن الملتزم يستطيع أن يخلق لنفسه عذراً للتحرر من التزاماته، ومن أوضح التطبيقات في هذا الصدد الإضراب فإذا اتضح من الظروف أن الملتزم هو الذي أثار الإضراب ،أو شجعه لمصلحته ،أو رفض المعاونة التي تقدمت بها جهة الإدارة لإنهاء حالة الإضراب فلا توجد حينئذ قوة قاهرة.

(٢) عدم إمكان توقع حدوث الفعل *L'imprévisibilité* وقت إبرام العقد وليس بعد ذلك فالمعيار هنا معيار موضوعي لا ذاتي إذ لا يكتفي فيه بالشخص العادي، وإنما يُرجع في تقديره جانب من هو أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور [٢٩٣].

(٣) عدم استطاعة الدفع *L'irresistibilite* بمعنى وجود الملتزم في وضع يستحيل معه استحالة مطلقة أداء التزاماته في المواعيد المقررة. فلا يعتبر من قبيل القوة

---

[٢٩١] يراجع في هذا الخصوص رسالة أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق هامش ٢٦٨ ، ومؤلف دي لوبادير في العقود المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها.

[٢٩٢] يراجع في هذا الصدد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي حكم شركة الرسائل البحرية بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٠٩ وتعليق المفوض *Tardieu* والمنشور بمجموعة القضاء الكبرى .ص٨٠ وما بعدها ومن أحكام المجلس الحديثة نسبيا في هذا الصدد حكمه بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ في قضية *Société de général de construction industrielle* والمنشور بمجلة القانون العام ص٦٢٢ وكذا حكمه بتاريخ ٧ يناير ١٩٧٦ في قضية *Ministre de l'éducation* والمنشور بمجلة القانون العام ص٦٣٣.ومن أحكام مجلس الدولة المصري يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٩/٢/١٥ وحكمها بتاريخ ١٩٩٦٩/١٢/١٢ مجموعة العقود الإدارية ص١٩٦ وما بعدها.

[٢٩٣] حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٦٩ مجموعة العقود ،ص١٩٦.

القاهرة الحادث المفاجئ الذي يترتب عليه بذل تضحيات بالغة من المتعاقد في سبيل أداء التزاماته، أو مجرد نشوء صعوبات هائلة أو بذل مصاريف كثيرة للغاية كما إذا تعهد مقاول بتوريد مواد اعتاد استيرادها لإقامة سد كبير أو خزان ...الخ[٢٩٤].

ويأخذ مجلس الدولة الفرنسي في اعتباره عند تقدير " استحالة الدفع " ما يتمتع به الملتزم من موارد ومقدار ما بذله من جهد للوفاء بالتزامه، وأن أمرا ما قد يعد قوة قاهرة بالنسبة لمشروع ضخم لشركه محليه ذات رأسمال ضئيل، في حين أنه لا يُعد كذلك بالنسبة لمشروع ضخم لشركه ذات رأس مال كبير،،، ومفاد ذلك أن استحالة الدفع *هي فكرة ذات مدلول شخصي ونسبي* يتحدد في ضوء إمكانات الملتزم ومقدار ما بذله من جهد وتضحيات في سبيل الوفاء بالتزاماته العقدية.[٢٩٥]

* *النتائج القانونية للقوة القاهرة :* يُعفي المتعاقد من الالتزامات التي أصبح تنفيذها مستحيلا بسبب القوة القاهرة في حينها وذلك حيث يعود التزامه بالتنفيذ فور انتهاء هذه الحالة[٢٩٦]أما إذا أصبح تنفيذ العقد بأكمله مستحيلا بصورة نهائية فإن القوة القاهرة تعتبر سببا مشروعا للفسخ. كما تعد مانعا من تطبيق أي جزاء عليه. [٢٩٧]

* *أهم التطبيقات القضائية للقوة القاهرة :*للقوة القاهرة تطبيقات عدة فالصواعق والزلازل والأمطار والأعاصير الجفاف غير العادي والوباء وغيرها من الظواهر الطبيعية وكذا الحروب والثورات ، والحريق والإضراب ...الخ ويتمثل الخط العريض لأحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري في التشدد في تقدير سلوك الملتزم الذي يرغب في التحرر من التزاماته الناشئة عن العقد متذرعا في ذلك بطروء قوة قاهرة ، فالملتزم هو في المقام الأول معاون لجهة الإدارة في تسيير مرفق عام، ومن الطبيعي أن يتطلب القضاء الإداري مجهودات أكثر لضمان تنفيذه لعقده ومن أهم التطبيقات القضائية:

---

[٢٩٤] الدكتور هارون الجمل،النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ،المرجع السابق ص٤٥١ وما بعدها.

[٢٩٥] أ. د. محمد سعيد الأحكام العامة ص١٥٩ المرجع السابق، وانظر دي لوبادير المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٧ وحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٦ فبراير ١٩٢٤ في قضية *Ste du gaz de longuref*.

[٢٩٦] يراجع في هذا الصدد مطول"دى لوبادير "في العقود ، المرجع السابق ،ص٥٩ ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي يراجع حكمه بتاريخ ٥يناير ١٩٤٢في قضية *Gaz de Ferte-Milon* المجموعة ص١٨.

[٢٩٧] الدكتور عبد المجيد فياض " نظرية الجزاءات في العقد الإداري " المرجع السابق ص١٦١ وما بعدها.

١) فعل الغير كأحد التطبيقات البارزة للقوة القاهرة *Fait de tiers* ويقصد بالغير "الأجنبي عن العقد" الذي لا يكون الملتزم مسئولا عنه، ويعتبر فعله سببا أجنبيا يترتب عليه انتفاء مسئولية المتعاقد عن الإخلال بالالتزام إذا استحال تنفيذه وتوافرت للفعل شرائط القوة القاهرة فالقاعدة العامة في هذا الشأن هي أن يؤدى المتعاقد الالتزام بنفسه ، فشخصيته محل اعتبار جوهري في مجال تنفيذ عقد الامتياز(٢٩٨) ويعد فعل الغير من قبيل القوة القاهرة إذا كان غير متوقع ويستحيل دفعه ويكون كذلك في حالة المظاهرات العامة والثورات الشعبية .

(٢) فعل الإدارة *Fait de l'administration* يعتبر فعل الإدارة متى كان له خصائص القوة القاهرة مبررا قانونيا لعدم التنفيذ أو التأخير فيه، بأن يكون فعل الإدارة له علاقة مباشرة ووثيقة بالالتزام، ويؤدى إلي تأخير الملتزم عن الوفاء وأن يكون غير متوقع، ومن شأنه استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المواعيد المقررة.

هذا ولا يشترط بالضرورة أن يكون فعل الإدارة خطأ أو إهمالا .فهناك من الحالات ما يكون فعل الإدارة استعمالا كاملاً لمطلق حقها الثابت الذي لا نزاع فيه ، ويعد سببا مُبرئا لتأخير التنفيذ ،،، ويشير الفقه عادة إلي تطبيقات كثيرة لفعل الإدارة كمبرر لعدم مراعاة مدة التنفيذ نذكر منها : تأخير الإدارة في إنجاز بعض الأعمال المطلوبة منها والتي يرتبط بها تنفيذ التزامات المتعاقد معها مثل عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم الملتزم مواقع العمل ،،، استدعاء عمال الملتزم للخدمة العسكرية أثناء الحرب وعدم كفاية الباقين للتنفيذ. (٢٩٩)

<u>رابعاً :" احترام الملتزم مدد التنفيذ في عقد امتياز الـ *B.O.T.*":</u>

<u>نشير في هذا المقام بأن القواعد السالفة الذكر في هذا الفرع تنطبق على عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* لكونها من المبادئ العامة التي تسرى على جميع العقود الإدارية بصفة عامه وعقد الامتياز بصفة خاصة.</u>

هذا وقد تضمنت عقود امتياز الـ *B.O.T.* أحكاما تتعلق بمدد التنفيذ وفق التوقيتات والمدد البينية في مجالات :-

---

(٢٩٨) يقصد بالغير في هذا المقام المتعاقدين من الباطن أو المتنازل إليهم.

(٢٩٩) رسالة الدكتور عبد المجيد فياض .المرجع السابق ص١٦٤ ود. هارون الجمل ،المرجع السابق ص٤٨٩ وما بعدها.

وتبدأ مدة سريان التوقيتات والمدد المبينة في المجالات سابقة البيان اعتبارا من تاريخ توقيع عقد الامتياز فالمادة (١٥) من العقد تنص على أن هذا العقد يعتبر ساريا من تاريخ توقيعه من الطرفين.

إعداد الدراسات والتصميم.[٣٠٠]

---

(٣٠٠) تراجع وثائق عقد امتياز الـ *B.O.T.* في الوقائع المصرية مرجع سابق – المواد أرقام ١،٣،٩،١٠،١٢،١٧بالصفحات أرقام ٨،٩،١٥،١٦،١٧،١٨والملاحق أرقام ٣،١٨،١٩،٢١ص ٤٨،٤٩،٦٧،٦٨،٧٠،٧١

المادة(٣) موضوع العقد:(أ) إعداد الدراسات والتصميم: إعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه وفي التوقيتات الواردة في الملحق ١٨ :جدول إعداد الدراسات والوثائق :سيكون جدول إعداد الدراسات والوثائق كالآتي والمدد المبينة في كل دراسة هي المدة من وقت توقيع العقد وصدور قرار الالتزام للمستثمر من مجلس الوزراء ،ولا تشمل المدد المحددة في هذا الجدول ، والمدد اللازمة لقيام المالك مراجعه الدراسات والوثائق واعتماد تقرير المسح الطيبوغرافي والجيولوجي :٤أشهر

المخطط العام : ٥أشهر. التصور العام :٩أشهر. التصميمات الكاملة :١٥شهرا.

(ب) إنشاء المطار:

١-يمنح المالك الملتزم الحق في حدود قوانين ج.م.ع في أشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات وعمليات الطيران ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام وبما يتفق وأحكام عقد الالتزام.

٢-يتعهد الملتزم بإنشاء مطار مرسى علم الدولي بالموقع المحدد بالملحق (٤) وبالمكونات الرئيسية المحددة بالملحق (٥) والتخطيط العام المحدد بالملحق (٦) وفقا لبرنامج التنفيذ المحدد بالملحق(١٩) برنامج التنفيذ كالآتي :المدد المبينة هي المدة من توقيع العقد وصدور قرار منح الالتزام من مجلس الوزراء حتى بدء التشغيل التجاري للمطار:أعمال التصميمات :١٥ شهرا ، أعمال الإنشاءات :٤٦ شهرا ، الترخيص للمطار ٤٨ شهرا

جـ) إدارة وتشغيل المطار :يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار لفترة ٤٠ سنه تدخل منها فترة الإنشاء ووفقا للقواعد والشروط التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق(٢١)المتطلبات المتعلقة بتشغيل المطار بصفة مستمرة دون توقف أي ٢٤ ساعة في اليوم ٣٦٥ يوما في السنة أو كما تقتضي متطلبات الحركة الجوية – سيقوم المطار بتحقيق الفصيلة الأولى *I* للإيكاو الخاصة بالمقاييس الملاحية مع توفير إمكانية رفع الكفاية إلي مقاييس الفصيلة الثانية *II* وتكون معدات الهبوط الآلي من الفئة الأولى عند تركيبها في يوم الافتتاح سيكون بالمطار ممر واحد بطول ٣ آلاف متر وبعرض ٤٥مترا ، مخططه للتعامل مع ٦٠٠ راكب في الساعة الواحدة من أوقات الذروة وتوفير مواقف لعدد طائرتين من الرمز *E* وطائره واحدة من الرمز *D* أبعاد مهبط الطائرات يجب أن تتوافق مع طائرة الرمز *E* (طبقا لمتطلبات الايكاو).

يقوم المالك بإصدار الإعلان لتشغيل المطار لاستقبال وهبوط الطائرات متى أرسل له الملتزم طلبا بذلك وفي خلال مده ٢٨ يوما من تاريخ الطلب وذلك في حالة اجتياز المشروع لجميع الاختبارات اللازمة لذلك .وفي حالة رفض المالك إصدار

التأخير في التنفيذ: **إذا لم ينفذ المتعاقد بنظام الـ$B.O.T.$ التزاماته في المواعيد المحددة في العقد فإنه يحق للإدارة أن توقع عليه الجزاءات وذلك على النحو المنصوص عليه في المادة (٩) من العقد.**[٣٠١]

وقف الإنشاء: **للملتزم الحق في طلب تمديد مدة إنشاء المطار في أحوال معينة حددتها مادة (١٠) من العقد سواء أكان الوقف بناء على قرار المالك أو لقوة قاهرة أو ظروف استثنائية قد تطرأ في التنفيذ أو امتيازات تأخير أو إعاقة من المالك.**[٣٠٢]

الإعلان المقرر فعليه إبلاغ الملتزم بأسباب ذلك الرفض في المدة المحددة حتى يمكنه تلافي هذه الأسباب وبعدها يقوم الملتزم بإعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغيه إصدار إعلان التشغيل خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ إعادة الطلب.=

=يكون الملتزم في الحالات التي تتوقف فيها عمليات الطيران بالمطار لفترة اكثر من شهرين لأسباب قهرية خارجه عن إرادته أن يطلب من المالك إغلاق المطار بالنسبة لعمليات الطيران ، وفي حالة قيام المالك لذلك يتوقف الملتزم عن دفع تكاليف تشغيل برج المراقبة الجوية والخدمات الملاحية للمالك . ويتم مد فترة الالتزام المتفق عليها بين الطرفين بمقدار نفس المدة التي اغلق فيها المطار.

(٣٠١) المادة (٩) من العقد التأخير في التنفيذ :-

أ-إذا لم ينجز الملتزم التزاماته في التواريخ المحددة لإنجازها وفقا لجداول التنفيذ التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق(١٨،١٩) المرفقة بهذا العقد- يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامه تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز ويتم حساب الغرامة وفقا لما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق ٣٠ .

ب-مع عدم الإخلال بأي حق في اقتضاء المبلغ المشار إليه في الفقرة (أ) يتعين على الملتزم الاستمرار في إنجاز التزاماته.

(٣٠٢) المادة(١٠) وقف الإنشاء:أ-للملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات الآتية:

١-بناء على قرار من المالك. ٢-القوة القاهرة. ٣-ظروف استثنائية يكشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع.

٤-أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك.

ب-على الملتزم أن يخطر المالك خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المتسبب في التأخير بعزمه على التقدم بطلب لتمديد مدة التنفيذ ، وكذلك عليه أن يحتفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أي طلب يقدمه في هذا الصدد وأن يحتفظ بأي سجلات أخري قد يطلبها المالك.

ج-على الملتزم أن يقدم تفاصيل كاملة تدعم طلب التمديد خلال مده ٢٨ يوما من وقوع التأخير تحسب ابتداء من اليوم الأول من التأخير.

د-على المالك دراسة الطلب المقدم من الملتزم لتمديد مدة التنفيذ وإخطاره بقراره في هذا الصدد وذلك في مده أقصاها ١٤يوما من تاريخ تقديم المستندات.

هـ-يحق للملتزم تمديد مدة تنفيذ أعمال البناء بما يعادل مدة التأخير التي قد تتسبب الجهات والسلطات الحكومية فيها وبالمعدلات المتفق عليها حسب البرامج الزمنية المقدمة منه .

وإذا حدث في أي وقت تأخير من قبل الملتزم في تنفيذ أعمال البناء موضوع هذا الاتفاق مقارنه بالبرنامج الزمني المحدد فإنه يتعين على الملتزم أن يقدم للمالك برنامجا زمنيا معدلا يأخذ في الاعتبار الظروف السائدة، وعلى الملتزم في الوقت نفسه أن يبلغ المالك الخطوات المقترحة لزيادة معدلات التنفيذ بغرض إنجاز العمل خلال فترة الإنجاز المحددة.

الإنهاء بسبب القوة القاهرة: **للجهة مانحة الامتياز أن تختار إنهاء الاتفاق وتعوض الملتزم عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء ،وذلك على النحو المبين بالمادة (١٢) من العقد [٣٠٣].**

وجدير بالذكر أن المادة (١٧) من العقد تضمنت التزام المالك بمنح الملتزم حق دخول الموقع وحيازته مع بيان الآثار المترتبة على عدم التنفيذ كما احتوت المادة (١) من العقد تعريفا للمصطلحات المستخدمة في العقد وما تحمله من معان ورد بيانها في الملحق رقم (٣) التعاريف. [٣٠٤]

و-يحق للمالك في أي وقت كان – لسبب من أسباب القوة القاهرة – أو لأي سبب يعتبره المالك مهما أن يطلب من الملتزم إيقاف أعمال البناء في المشروع أو في جزء منه ، وإذا تم إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلي الملتزم ،=

= فلا يحق له أي طلب تمديد في مدة إنجاز المشروع لكن إذا حدث إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلي المالك .. يحق عندها للملتزم تمديد مدة المشروع لفترة مماثلة لمدة الإيقاف .

(٣٠٣) المادة (١٢) من العقد الإنهاء بسبب القوة القاهرة : "للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة، وعليها أن تعوض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء، وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير." ،،، وتنص المادة (١٧) من العقد بأن يمنح المالك للملتزم خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد ولينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة، وفي حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع.

(٣٠٤) المادة(١) التعاريف :تحمل المصطلحات المستخدمة المعاني المسندة إليها على النحو الوارد بالملحق(٣) ما لم يقتض السياق خلاف ذلك.

ملحق رقم ٣ التعاريف :يقصد لأغراض هذا العقد بالمصطلحات والعبارات الآتية المعنى المبين قرين كل من :

المطار: مطار مرسى علم الدولي الذي يتم إنشائه في المساحة تخصه والمصدق عليها من مجلس الوزراء على ساحل البحر الأحمر في ج.م.ع على بعد حوالي ٦٠ كيلو مترا شمال مرسى علم في الموقع المحدد بالملحق رقم ٤.

المالك : يحمل المعنى المذكور في مقدمه هذا العقد ، المستثمر: يحمل المعنى المذكور في مقدمه هذا العقد .

العرض : وهو العرض المقدم من الشركة في ١٩٩٦/١٠/٢٠ والخطاب بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٩ .

العقد : هذا العقد وشروط المناقصة والعرض ، والتصميم والملاحق وأي تعديات أخرى يتم الاتفاق عليها.

التصميم: الرسومات والمواصفات الخاصة بالتصميم الصادرة عن المستثمر ويوافق عليها المالك أو كما يتم تعديلها من وقت إلي أخر بموافقة الطرفين .

مدة الإنشاء: تعني الوقت المحدد لاستكمال بناء المشروع واجتياز الاختبارات الخاصة بذلك.

فترة الالتزام :هي مدة الالتزام التي يمنحها هذا العقد للمستثمر.

مستندات البناء:وتعني جميع المخططات والحسابات والبرامج وكتيبات التشريعات والصيانة وغيرها.

المشروع: ويعني بناء وتشغيل وإدارة وتسليم المطار.

المطلب الثاني

" حقوق المتعاقد في تنفيذ عقد الامتياز و امتياز الـ *B.O.T.* "

تمهيد وتقسيم:

إن حقوق المتعاقد في عقد الامتياز تشكل في ذات الوقت التزامات جهـة الإدارة في مواجهته، وترتكز المبادئ التي تحكم تنفيذ العقد في التوفيق بيــن اعتبـارين " أولهما : دور الإرادة في مجال إبرام عقد الامتياز وفي تنفيــذه وانقضائــه، ثانيــهما :الخصائص الذاتية لعقد الامتياز، والدور الذي تلعبه فكرة النفع العام في منـح الإدارة سلطات واسعة في مواجهة الملتزم.

والمسلم أن الاعتبار الثاني له الغلبة وذلك للأثر الملموس لفكرة النفع العــام كغاية تسعى الإدارة لتحقيقها في عقد الامتياز ـ ولهذا يختلف وضــع الملــتزم عــن وضع المتعاقد في العقود الإدارية الأخرى حيث يخضع الملتزم لقواعد أشــد صرامــة ،،، ومع التسليم بغلبة الاعتبار الثاني- إلا أن الخط العريض للأســس التــي تحكـم حقوق الملتزم في عقد الامتياز تتمثل في الرضائية وما تحمله من القوة الملزمة للعقد فالملتزم يستمد حقوقه من نصوص العقد أما الإدارة فتستمد حقوقها أو "ســلطاتها" من فكرة النفع العام ،،، وبذلك فإن التزامات جهة الإدارة تمثل في ذات الوقت حقــوق الملتزم في مواجهتها ، ويعد عقد الامتياز هو الأساس القانوني الــذي يســتمد منــه الملتزم حقوقه ومن أبرزها :

*حق الملتزم في احترام جهة الإدارة لالتزاماتها الناشئة عن العقد .

*حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد .

*حق الملتزم في إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز .

ومن المسلم أن اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز أمر يفــرض علــى الإدارة إعادة التوازن إلي حالته الطبيعية حتى يسترد الملتزم حقه أما إذا نجم الاختلال بفعــل

أعمال البناء: وتعني أعمال البناء المتعلقة بالمشروع والتي على المستثمر إنجازها وفقا لهذا العقد.

التجهيزات : وتعني الآلات والأجهزة التي يتوجب على المستثمر أن يوفرها للمشروع وفقا لهذا العقد.

-حق الانتفاع: مقابل منح المستثمر حق الانتفاع بالمطار خلال فترة الالتزام.

الأرض : المخصصة للمستثمر كما هي محددة بقرار مجلس الوزراء.

-وم: يعني يوما ضمن أيام متتابعة لا يقطعها أيام إجازات نهاية الأسبوع أو الإجازات الأخرى.

الملتزم، وجب عليه إعادة التوازن إلي نصابه لتستعيد الإدارة حقها هـي الأخـرى، فالعلاقة بينهما في هذا النطاق علاقة تبادليه في الحقـوق والالتزامـات ، وتقتضـي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تتوازن هذه العلاقة حين تميل كفة المـيزان لصـالح أحد طرفي الرابطة العقدية.

لذا فإن إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز يكون حقا للمتعاقد ،والتزامـا فـي جانب الإدارة أحيانا، وقد يصير حقا لها والتزاما على المتعاقد أحيانا أخرى ، ونظـرا لأهمية موضوع التوازن المالي في عقد الامتياز فقد تم ترتيب موقـع دراسـته فـي مبحث مستقل ، ونتعرض هنا لدراسة أهم حقوق الملتزم المبينة فيما يلي:

الفرع الأول

" حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.*"

الفرع الثاني

" حق الملتزم في احترام جهة الإدارة التزاماتها الناشئة عن عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*"

الفرع الأول
" حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

تمهيد وتقسيم:

يمثل المقابل المالي الباعث والدافع الحقيقي من إبرام عقد امتياز المرفق العام، ويحصل الملتزم على هذا المقابل في صورة "رسوم" يتقاضاها من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ، وتتحدد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بهذا المقابل ــ كقاعدة علمة ــ بأنها من قبيل الشروط اللائحية بحيث تستطيع الإدارة تعديل المقابل المالي"الرسم" المستحق للملتزم بإرادتها المنفردة.

وجرى العرف على تسمية المقابل المالي الذي يحصل علية الملتزم في عقد امتياز المرفق العام باسم "إتاوة"وهي القيمة السعريه التي يأذن مانح الامتياز للملتزم بتحصيلها من الأشخاص المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ويطلق عليه بالفرنسية اصطلاح "*taxe*" [٣٠٥]وهناك رأيان حول الطبيعة القانونية للرسم: رأي الأغلبية يسلم بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم ، ورأي الأقلية يأخذ بفكرة الطبيعة المزدوجة للشروط المتعلقة بالرسم ويميز بين حالتين :

<u>الأولى</u> في علاقة كل من الإدارة والملتزم بالمنتفعين تكون الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لائحية مما يحتم على الإدارة التدخل في مجال تعريفة الأسعار باعتبارها القوامة على تحقيق النفع العام.

و<u>الثانية</u> في علاقة الإدارة بالملتزم تكون الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات صفه تعاقدية ويستحيل على الإدارة أن تنفرد بتعديله[٣٠٦].

وقد حدد المشرع المصري الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم أنها ذات طبيعة لائحية بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ونصها أن "لمانح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله *<u>وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل</u>*".

---

(٣٠٥) أ. د. الطماوي في العقود ص ٥٤٧ وتوضح بأن المقابل المالي أصبح رسما" تمييزا له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة في العقود الأخرى.

(٣٠٦) انظر أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة ورسالة الدكتوراه المرجع السابق ص ٥٤٨ كما تراجع المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية المشار إليها في هوامش تلك الصفحات ومؤلف سيادته مرجع سابق المبادئ العامة ص ٢٤٧.

ولما كان الرسم يمثل أهم حقوق الملتزم والقاعدة العامة أن جهة الإدارة لـــها مطلق الحرية في تعديل هذا المقابل المالي بمفردها ، لذا يلزم إلقـــاء الضـــوء علـــى الأحكام المنظمة للرسم من حيث تحديده وتعديله في كل من عقد امتياز المرفق العـــام والامتياز بنظام الـــ*B.O.T.* فيما يلي:

أولا

" القواعد العامة في تحديد الرسم "

ثانيا

" القواعد العامة في تعديل الرسم "

ثالثا

" أحكام تحديد وتعديل الرسم في عقد امتياز الـــ *B.O.T.*"

أولا " القواعد العامة في تحديد الرسم " :

تتضمن وثيقة عقد الامتياز بوجه خاص قواعد تحديد الرسم المقرر للملتزم ، والقيود التي ترد على حرية الإدارة والملتزم في شأن تحديد الرسم فيما يلي:-

**** قواعد تحديد الرسم بمقتضى وثيقة الامتياز:*** تتضمن عقود الامتياز و دفاتر الشروط الملحقة وضع ضوابط وأسس تحديد الرسوم المقررة، ويتسم تحديدها بالأسلوب التعاقدي لاحتواء شروطها على عناصر مختلفة ومتشابكة، فالتعريفة العامة للأسعار تشمل عناصر ثابتة وأخرى متغيرة وذلك بما تحويه عقود الامتياز من شروط تجيز للجهة مانحة الامتياز إعادة النظر في قوائم الأسعار على ضوء الظروف المتوقعة وغير المتوقعة وعادة ما يميل التحديد إلي المرونة بوضع الحد الأقصى للرسم بحيث لا يجوز للملتزم تخطيه مع تركه حرا في هذا النطاق ، كما توجد قيود على حرية كل من الإدارة والملتزم في تحديد الرسم تنحصر في قيدين أساسيين هما:

القيد الأول : التدخل التشريعي في مجال تحديد الرسم : قد يحدد المشرع صراحة السعر الذي يتعين أن تقدم على أساسه الخدمة للمنتفعين بالمرفق العام مثل تحديد سعر الكهرباء والغاز والسفر ...الخ ، وحينئذ لا يمكن لكل من الإدارة والملتزم مجتمعين ،أو منفردين الخروج على القيود التشريعية المقررة في هذا الشان وقد تدخل المشرع المصري في تحديد الرسم بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه : "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولا في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن ١٠% وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي ١٠% من رأس المال ويستخدم ما يتبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام"

وقد بررت المذكرة اعتبارا للقانون وضع حد أقصى لأرباح الملتزم بأنه لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محدودة فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل تلك

المشروعات والملتزم يتمتع بمركز ممتاز وله غالبا احتكارا بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة وأن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقررها المادة الخامسة تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى .

وفي مقام تفسير ما ورد بالمادة الثالثة فيما يتعلق بتوزيع فائض الأرباح إذا بلغ الاحتياطي المذكور عشر رأس المال الموظف جاز أن يقسم فائض الأرباح بين الملتزم ومانح الالتزام وفقا لنسب تبين في عقد الامتياز أو أن تستخدم في تحسين وتوسيع المرفق أو في خفض الأسعار(٣٠٧).

<u>القيد الثاني :احترام مبدأ المساواة في الرسوم بين المنتفعين</u> : يمثل مبدأ المساواة إحدى القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ، وذلك بضرورة التسوية في الرسوم بين المنتفعين جميعا،(٣٠٨) والمقصود بالمساواة هو توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف ، ويحدث التمييز في المعاملة حال اختلاف الظروف فيما بينهم، ويستهدف المبدأ منع الملتزم من منح امتيازات لبعض المنتفعين دون أساس أو سند معقول ،ورفض التمييز في المعاملة بين المنتفعين في الأوضاع التالية :

تغيير سعر الكهرباء وفقا لمساحة أملاك المنتفع ،،،تغيير سعر توريد المياه وفقا لمدى حجم استهلاك الفنادق والمطاعم والمقاهي ،،،تحديد سعر البيع بما يقيم تمييزا بين المصانع المنشأة قبل تاريخ معين أو بعده (٣٠٩).

---

(٣٠٧) استقر رأى الفقه الفرنسي أخيرا على انه بالنظر إلي ما يحويه التزام المرافق العامة من صبغة المصلحة العامة وما له من وثيق الصلة بها أمر لا يجيز للملتزم بأن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها بالأخص على كاهل المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز–وانظر أ.د.محمد سعيد الأحكام العامة ص ٣٨١.

(٣٠٨) ورد في تطبيق لقاعدة المساواة بين المنتفعين في القانون المدني المصري نص المادة٦٧ منه على أنه:

إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا، وجب علية أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات أو تقاضى الأجور ، ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة ،من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروطا يعينها الملتزم بوجه عام،ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.

وكل تميز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التميز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.

(٣٠٩) استاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص٥٥١–الأحكام مشار إليها في هامش الصفحة.

والحقيقة أن التمييز بين المنتفعين في تلك الأمثلة يفتقر إلى الأساس الموضوعي المعقول ذلك أن اختلاف الرسم على هذا الوجه مبناه الاعتبار الشخصي للمنتفع وحالته المالية وهذا أمر يجافي المفهوم الحقيقي لمبدأ المساواة بين المنتفعين.

ثانيا " القواعد العامة في تعديل الرسم " :

تثير القواعد العامة في تعديل الرسم مسألتين هما : *السلطة المختصة بتعديل الرسم ،وأساليب تعديله*:-

*** السلطة المختصة بتعديل الرسم : يمارسها قاضى العقد، والملتزم، والجهة المانحة.**

(١)سلطة قاضى العقد : من المعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين والشروط الواردة به في خصوص المقابل المالي تتسم بحسب الأصل بالطابع التعاقدي ، فليس لقاضي العقد أن يتناولها بالتعديل ، وقد كانت محلا لرضاء طرفي الرابطة العقدية لهذا قرر مجلس الدولة الفرنسي "بأن قاضي العقد لا يملك المساس بالشروط المتعلقة بالرسم بهدف تعديل أحكامها ، ومن الطبيعي أن يكون تدخله جائزا إذا ما تعلق الأمر بتطبيق أحد الشروط الواردة بالعقد وكانت وثيقة الامتياز تتضمن القواعد الواجبة الإتباع عند إعادة النظر في قوائم الأسعار بسبب تغير الظروف ونشوء خلاف بين المتعاقدين حول تطبيق هذه الشروط ، حينئذ يكون حكم القاضي في شأن ذلك متفقا وصحيح حكم القانون ".

(٢)حق الملتزم : يلتزم المتعاقد بقوائم الأسعار المحددة في وثيقة الامتياز ودفاتر الشروط الملحقة بها ، وليس له أن يعدل في الرسم دون موافقة الجهة مانحة الامتياز، ذلك ما لم تتضمن الوثائق نصوصا تخول الملتزم الحق في زيادة الرسوم المقررة بنسب معينه حسب ضوابط خاصة .

(٣)سلطة الجهة مانحة الامتياز : إذا تضمن عقد الامتياز نصوصا لا تجيز للملتزم المطالبة بالحصول على أكثر من الرسم المحدد ثم نشأت ظروف جديده تستوجب التعديل فإن جهة الإدارة تستطيع بالاتفاق مع الملتزم تعديل الرسم بالزيادة بمراعاة الإجراءات المقررة ، ويثور في هذا المقام سؤالان:

السؤال الأول: ما مدى سلطة الجهة مانحة الامتياز في رفض طلب زيادة الرسم؟

ويجيب الفقيه "دي لوبادير" بالإيجاب فجهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في رفض طلب الملتزم بزيادة الرسم المقرر في عقد الامتياز ، ويحد من هذه السلطة ما قد يرد في العقد من نصوص كتغيير الأسعار وفقا لتغير الظروف أو إذا ضمنت الإدارة للملتزم أن يغل المرفق نسبة معينة من الأرباح فحينئذ يتعين على جهة الإدارة أن توافق على زيادة الرسم بما يحقق له تلك النسبة إلا إذا رغبت أن تتحمل هذا الفرق .

وفى حالة رفض الإدارة الموافقة على زيادة الرسم- فلا يستطيع قاضي العقد أن يقوم مقام الإدارة في ذلك ،أو أن يعدل الشروط الخاصة بالرسوم رغم إرادة الجهة المانحة ، أما إذا كان إصرارها على الرفض تعسفا بدون إبداء أسباب معقولة فقد يؤدي ذلك إلي الحكم بالتعويض على أساس ركن الخطأ[٣١٠].

السؤال الثاني: ما مدى سلطة الجهة المانحة في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة ؟

ينقسم الفقه الفرنسي إلي رأيين أساسيين أولهما: رأى الغالبية يسلم بالصفة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم مما يخول الجهة المانحة سلطة التعديل المنفرد لتلك الشروط رغما عن إرادة الملتزم والرأي الثاني: رأى الأقلية ويتجه إلي إسباغ الصفة التعاقدية على الشروط المتعلقة بالرسم وبالتالي ينكر على الجهة المانحة إجراء أي تعديل في الرسم دون موافقة الملتزم[٣١١].

أما اتجاه القضاء الفرنسي فهو على عكس الرأي الغالب في الفقه الفرنسي- يسلم بالصفة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد الرسم، ويرفض الاعتداد للجهة مانحة الامتياز الانفراد بتعديل الرسم دون موافقة الملتزم.

ومن أهم المبادئ التي أرستها الأحكام القضائية:أن للجهة المانحة حق التدخل بين الملتزم و المنتفعين حول أسس حساب الرسوم المقررة بهدف ضمان احترام الشروط الواردة بالعقد،وليس من قبيل فرض تعديلات لم تكن محل اتفاق،،،وفي حالة عدم الاتفاق بين الجهة مانحة الامتياز والملتزم على إعادة النظر

---

(٣١٠) أستاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص٥٥٣،٥٥٢.

(٣١١) المرجع السابق ص٥٤٨"وهكذا ينتهي هذا الرأي إلي ازدواج طبيعة هذه الشروط ".

في الرسوم ، فإن أسس إعادة النظر فيها يتم طبقا لما هو متبع في دفاتر الشروط العامة إذ لا تملك الجهة المانحة تخفيض الرسوم المقررة بما يخالف العقد.

ولا ريب أن المبادئ القضائية المشار إليها تعبر في وضوح عن احترام مقتضيات الطابع التعاقدي فيما يخص المقابل المالي المقرر للملتزم لكونه يمثل أهم حقوقه على الإطلاق ،وإن كانت الجهة مانحة الامتياز في مصر لها الحق في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة بمقتضى القانون رقم١٢٩ لسنة١٩٤٧ ذلك بالنسبة لعقود الامتياز الخاضعة لأحكامه.

* *الأساليب المتبعة في تعديل الرسم:* وتنحصر في أسلوبين رئيسيين:

(١)الأسلوب الاتفاقي : للجهة مانحة الامتياز أن تتفق مع الملتزم على تعديل الرسم، وفق ما تحويه وثيقة العقد من شروط وقواعد تجيز مراجعة الأسعار وإعادة النظر فيها تبعا لتغير الظروف المتوقعة أو غير المتوقعة.

(٢)الأسلوب التشريعي: يتدخل المشرع بطريق مباشر أو غير مباشر في تعديل الرسوم ،في ظل سياسة توجيه الأسعار التي تنتهجها معظم الدول حفاظا على النفع العام ،وصالح المنتفعين ، ويتم تدخل المشرع في مجال تعديل الرسم إما بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة:

(أ)التدخل المباشر : من أبرز مظاهر التدخل المباشر من جانب المشرع في مجال تعديل الرسم هو المرسوم بقانون الصادر في ١٦ يوليو ١٩٣٥ في فرنسا والذي قرر تخفيض أسعار الإنارة حماية للمنتفعين .

(ب)التدخل غير المباشر: قد يخول المشرع الجهة مانحة الامتياز سلطة تعديل الرسوم السابق الاتفاق عليها حيث يكون لجهة الإدارة بمقتضى هذه السلطة الحق في فرض رسوم جديدة أو تعديل الرسوم القائمة، وذلك دون أن تشكل نصوص عقد الامتياز عقبه في هذا الخصوص ،ولا يعد ذلك من قبيل التعديل المنفرد الذي يجريه أحد طرفي الرابطة العقدية بإرادته المنفردة دون رضاء الطرف الآخر، فالإدارة لا تقوم بالتعديل في هذا الفرض بمحض اختيارها، وإنما تلتزم بتنفيذ إرادة المشرع في هذا الشأن.

وتبدو مظاهر التدخل غير المباشر من جانب المشرع المصري في مجال تعديل الرسم واضحة من خلال نص "المادتين الثانية والخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة فبمقتضى نص المادة الثانية من هذا القانون يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام ، وبموجب المادة الخامسة " لمانح الالتزام دائما متي اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، *وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل*".

وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون مبررات مبدأ إعادة النظر في قوائم الأسعار الوارد في هذه المادة بالقول أنه إذا كان الالتزام لمدة طويلة فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير، ومن الجائز بعد مضي وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة إما لأنها لا تكون كافيه لجزاء الملتزم، وإما لأنها تنقلب عبئا ثقيلا يبهظ كاهل المنتفعين بالمرفق العام .

ولهذا تقرر مبدأ إعادة النظر الدوري في الأسعار كقاعدة عامه في المادة الخامسة وترك تحديد ضوابط تطبيقها بحسب طبائع الالتزامات وبذلك يمكن *تحقيق تناسب شبه آلي بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة في وقت معين* ويكون ذلك التناسب تارة في مصلحة الملتزم حيث تقضى إعادة النظر إلي زيادة الأسعار ، وتارة في مصلحة المنتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلي خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها(٣١٢) .

ويسلم غالبية الفقه الفرنسي بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بتحديد الرسم ، ويرتب على تلك الطبيعة اللائحية نتيجة هامة مؤداها تخويل جهة الإدارة الحق في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة استنادا إلي اتصال عقد الامتياز بالمرفق العام ، وتعلق الرسم بصالح المنتفعين ، وذلك بما يحتم سيطرة الجهة مانحة الامتياز على القواعد المتصلة بتحديد وبتعديل الرسم.

---

(٣١٢) أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص٣٩٤ وما بعدها.

أما بالنسبة لاتجاه القضاء الفرنسي ، فقد أقر- عكس الرأي الغالب في الفقه-بالطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد وتعديل الرسم ، باعتبار أن الرسم يمثل المقابل المالي للمتعاقد في مجال عقود الامتياز ، وان الشروط المتصلة بهذا المقابل تعد بحسب الأصل ذات طبيعة تعاقديه ،ولأن المقابل المالي يمثل أهم حقوق المتعاقد على الإطلاق. *لذا فإن أي مساس به ينبغي أن يكون وليد اتفاق بين الإدارة والمتعاقد فلا تستقل جهة الإدارة وحدها بتعديل هذا المقابل دون رضاء المتعاقد.*

وفي مقام التعليق على الآراء والاتجاهات السابقة للفقه والقضاء الفرنسي في خصوص الطبيعة القانونية أشار أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين إلى تحفظ جوهري يقوم على اعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول: يتمثل في ضرورة التمييز بين المنشأ الاتفاقي للقواعد المتصلة بتحديد الرسم، وبين الطبيعة القانونية لتلك القواعد ،فإذا كانت الشروط المتعلقة بالرسم واردة في صلب وثيقة الامتياز وصادفت قبولا من جانب الملتزم، فإنها تكون بلا شك ذات مصدر أو منشأ اتفاقي.

الاعتبار الثاني: أنه مع عدم وجود نص تشريعي في فرنسا يحسم الطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم على غرار القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في مصر، ومع وجود أحكام قضائية صريحة لمجلس الدولة الفرنسي تقرر الطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد وتعديل الرسم ، فإنه يصعب التسليم بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم [٣١٣].

وفيما يتعلق بأثر التشريعات و اللوائح في شأن تعديل عقود الامتياز الجاري تنفيذها أي المبرمة قبل صدور تشريع أو لائحة جديدة . فقد حسم المجلس الدستوري الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي هذا الأمر *بأن التشريع فقط* هو الذي يمكن أن يؤثر على العقود الجاري تنفيذها بموجب نص الدستور، وذلك بشرط أن يحصل التشريع الجديد على موافقة أغلبية ثلثي أعضاء (البرلمان) حتى يكون لهذا

(٣١٣) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٣٩٦ وما بعدها وتراجع رسالة الدكتوراه المرجع السابق ص ٥٧٨ وما بعدها وكذا المراجع الفقهية المشار إليها في هامش تلك الصفحات.

التشريع أثر رجعى في غير المواد الجنائية ،وعلى أن يكون النص على رجعية أحكام القانون واضحا وصريحا . أما اللوائح فلا يمكن أن يكون لها اثر رجعى [٣١٤].

ثالثا أحكام تحديد وتعديل الرسم في عقد امتياز الـ B.O.T. :

تسرى الأحكام والمبادئ العامة سالفة البيان في البندين ***أولا وثانيا*** على عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. ، وقد تضمنت هذه العقود الأحكام المتعلقة بتحديد وتعديل الرسم ومقابل فئات الخدمات ونسبة ما يعود منها للجهة الإدارية المالكة والمبينة في المادة (٣) بنود ٦،٧،٨ ، ١٣ وبالملاحق أرقام ٢٣،٢٤،٢٥ المرفقة بالعقد ، وهي ذات طبيعة اتفاقية([٣١٥]) :

---

[٣١٤] انظر أ.د. /سعاد الشرقاوى "تنفيذ العقود الإدارية" ١٩٩٨ ص٤٥،٤٦ ،وأنظر دى لوبادير – المرجع السابق ٧٢٦، و براجع مؤلف أ .د ربيع أنور فتح الباب " الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا " ص ١٤١ وما بعدها دار النهضة العربية عام٢٠٠٠

[٣١٥] انظر الوقائع المصرية المرجع السابق ص ٩،١٠،١١،٧٤،٧٥،٧٦

المادة ٣–جـ إدارة وتشغيل المطار –البند (٦)يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات ووفقا للآلية التي يتم تحديدها بالملحق رقم(٢٣).- البند (٧) يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية بالمطار مسئولية المالك وعليه تخصيص العدد الكافي من العاملين ذوى التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقا للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقا للأسلوب والشروط التي تم تحديدها بالملحق (٢٢)، ويكون المالك مسئولا عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها وهبوطها وتحركها على أرض المطار، وذلك توحيدا للمسئولية عن سلامة تلك الحركة، ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو بالغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة.- البند (٨) يتعهد الملتزم بأن يدفع للمالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق رقم (٢٤).- البند (١٣) يتعهد الملتزم أن يدفع للمالك نسبة من عائد جميع استثماراته بالمطار، وذلك على نحو ما هو محدد بالملحق (٢٥).

الملحق(٢٣)مقابل الخدمات والدخول والتراخيص فئات وآلية تحصيل مقابل الخدمات.

١–يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء (المادة(٥)–د وإدارة وتشغيل المطار–البند٦ من اتفاق إطار التعاقد.

٢–يتضمن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال جميع المكونات الواردة في القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوى وأشغال وأراضى الموانى الجوية ،ويتضمن المقابل ما يقترحه المستثمر من مكونات ، مع الالتزام بالقوانين المصرية.

٣–يقدم المستثمر إلي المالك قبل ثلاثة اشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية تاليه،بيان عن الفئات التي ستقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم،ويكون هذا البيان هو ما يطلب المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية.

وفى واقع الحال يزداد حرص الجهة المانحة نحو التزام جانب الحفاظ على استقرار مستوى أسعار توزيع الطاقة والمياه لمشروعات البنية الأساسية بالنسبة لذوى الدخل المحدود ،وتقضي عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. في مجال الطيران المدني على أن المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم هو *وليد اتفاق بين الجهة المانحة والملتزم فلا يستقل أحدهما بتعديله دون رضاء الطرف الآخر.*

والحقيقة أن زيادة الرسوم وفئات الخدمات جد ميسور في مجال الطيران ، ولكن الدولة لم تترك أمر تحديد وتعديل المقابل لإرادة الملتزم وحده من واقع حرصها الشديد في الحفاظ على أبعاد وتوازن عدة عوامل في مجال التنمية الاقتصادية بوجه عام والنشاط السياحي بوجه خاص أهم وأجدى من مجرد الحصول على نسبة أعلى من عائد الاستثمار في هذا المجال.

٤-يعلن المستثمر عن مكونات وفئات الخدمات للمستفيدين قبل شهر من بدء تشغيل المطار،ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تاليه ، ٥-ويحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك ،والإعلان عنها قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر.

الملحق (٢٤) قواعد حساب مقابل تشغيل برج المراقبة والمساعدات الملاحية:-

١-يدفع المستثمر إلي المالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية على النحو التالي:=

-نسبة ٥% من قيمة عائد تشغيل البرج في السنة الأولى من بداية التشغيل ، و١٠% من قيمة عائد التشغيل في السنة الثانية ،و١٥% من قيمة عائد التشغيل اعتبارا من السنة الثالثة وحتى انتهاء مدة الامتياز (وبحد أدنى قيمة أجور ومكافآت وحوافز جهاز التشغيل من قبل المالك)

٢-يقصد بعائد تشغيل البرج والمساعدات الملاحية رسوم الخدمات الملاحية بالمطار.

٣-يدفع المستثمر إلي المالك مقابل تشغيل برج المراقبة والمساعدات الملاحية شهريا على أساس الموازنة الموضوعة لذلك، ويتم عمل تسوية للمستحقات كل ٣ شهور.

٤-يقصد بأجور ومكافآت وحوافز جهاز التشغيل من قبل المالك (هيئة الطيران المدني) مجموع ما يتقاضاه الموظف خلال السنة المالية في حال تواجده للعمل في القاهرة مضافا إليه نسبة (١٠٠%).

٥-يكون عدد الموظفين المكلفين من قبل الهيئة مناسبا للحركة الجوية وأسوة بالأعداد المناظرة في مطار الغردقة.

الملحق (٢٥) ما يعود لهيئة الطيران المدني من عائد الاستثمارات مقابل حق الاستغلال نسبة قدرها ٣% من قيمة العائد السنوي من الإيراد لجميع الاستثمارات بالمطار بعد فترة سماح خمس سنوات من بدء التشغيل تزاد بمعدل ١% كل خمس سنوات وذلك لحين انتهاء فترة الامتياز ، و على المستثمر أن يخطر المالك في نهاية كل سنة ميلادية ببيان عن إيرادات المطار مصنفة إلي نوعيات، ونصيب المالك منها.وعلى المستثمر أن يرسل مع البيان المشار إليه عاليه شيك مقبول الدفع بنصيب المالك من الإيرادات.

الفرع الثاني
حق الملتزم في أن تحترم جهة الإدارة
التزاماتها الناشئة عن عقد الامتياز
وامتياز الـ*B.O.T.*

من المسلم أن الإدارة تتمتع بسلطة تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة، و هذا الحق لا يتعارض البتة مع ما يتضمنه عقد الامتياز من قوة ملزمة بوصفه عقدا رضائيا وبمقتضاه تلتزم الإدارة باحترام التزاماتها التعاقدية ،وخضوعها للجزاء عند مخالفه شروط التعاقد ، ونتعرض لدراسة هذا الحق وطبيعة الجزاء الموقع على الإدارة عند مخالفة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.*

أولا

احترام الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.*

ثانيا

جزاء مخالفة الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.*

ثالثا

طبيعة جزاء مخالفة الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

أولا-احترام الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ .B.O.T:

من أبرز التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتياز الـ .B.O.T احترام الأحكام والمبادئ العامة التالية:

١)التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد ابرامه: من أولى الالتزامات المفروضة على جهة الإدارة في هذا الشأن هو العمل على تنفيذ عقد الامتياز بمجرد إبرامه ، ولا يحق لها أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية.

٢)التزام الإدارة باحترام كافة الشروط الواردة بالعقد : تلتزم الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشروط الواردة به ، وفي هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا أنه:"طبقا لما تقضي به المادة ١٤٨ من القانون المدني -ينبغي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص" [٣١٦]

ومن الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في هذا الصدد شرط عدم المنافسة في عقود الامتياز[٣١٧] إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدل الغاز أو الأتوبيس محل الترام[٣١٨].

٣)التزام الإدارة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد: الثابت أن العقد الإداري رابطة قانونية أساسها حسن النية وهي أصل عام من أصول القانون ، فينطبق هذا الأصل على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة"

---

[٣١٦] جلسة ١١ أبريل ١٩٧٠ ،مجموعة أحكام السنة الخامسة عشرة ص٢٦٥.

[٣١٧] يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ مارس ١٩٥٦،مجموعة الأحكام السنة العاشرة ،ص٢٣٩.

[٣١٨] أستاذنا الدكتور الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية- المرجع السابق ص٥١٤.

٤) *التزام الإدارة بتنفيذ موضوع العقد بأكمله:* تلتزم الإدارة بتنفيذ موضوع العقد بأكمله وان كان من حقها أن تنقص أو تزيد فيه إعمالا لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها في حدود معينة.

ثانيا. جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.[٣١٩] :

إن جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـــ *B.O.T.* تنحصر أساسا في صورتين هما [٣٢٠]: *التعويض والفسخ.*

* *التعويض:* يعد التعويض الجزاء الأصيل في مجال مسئولية الإدارة التعاقدية ،ويتفق هذا الجزاء مع الهدف الذي يسعى إلية الملتزم من وراء إبرام عقده في المقام الأول وهو تحقيق الربح ، لذلك فإن تعويض الملتزم عما لحقه من خسائر مادية بسبب خطأ الإدارة يكون دائما الهدف الذي يتغياه القاضي الفرنسي في الحكم على الإدارة بالتعويض،،، ويقدر التعويض على الأسس المدنية باعتبار أنها تمثل القواعد العامة مع مراعاة دور كل من طرفي الرابطة العقدية في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركا تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه[٣٢١].

فإذا كان الملتزم يستحق تعويضا عن الأضرار التي تصيبه نتيجة مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يميز الفقيه" بيكينو" فيما يتعلق بعبء إثبات هذا الضرر بين حالتين: الحالة الأولى: مخالفة الإدارة التزاماتها التعاقدية التي يكون إثبات الضرر فيها أمرا سهلا وميسورا، وذلك إذا كان العقد يتضمن شرطا يواجه هذه الحالة ،حيث يعتبر عدم الوفاء من جانب الإدارة لالتزاماتها على النحو السابق قد أصاب الملتزم بضرر ، والحالة الثانية: مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية إعمالا لسلطتها المشروعة في تعديل العقد.حيث يتشدد القاضي الفرنسي في إثبات الضرر المادي الذي أصاب الملتزم نتيجة إجراء التعديلات المشروعة.

---

(٣١٩) أستاذنا الدكتور محمد سعيد الأحكام العامة المرجع السابق ص٢٣٧ وما بعدها.

(٣٢٠) بيكينو-النظرية العامة للعقد الإداري ،المرجع السابق ص٤٤٤.

(٣٢١) يراجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٦٦ والمنشور في مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية ص ٢٥٩.

* الفسخ: يعد فسخ العقد لخطأ الإدارة أخطر جزاء يوقع على الإدارة في حالة عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية ، ولا يحكم به القضاء الإداري عادة إلا لخطأ جسيم ، وفيما يلي أسباب الفسخ ونتائجه:

أ)_أسباب الفسخ_(٣٢٢) : تتمثل الأسباب المبررة للفسخ في وجود خطأ عقدي جسيم من جانب الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، ويقدر قاضى العقد درجة جسامة المخالفة ،مثل :عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد وتأخر الإدارة تأخرا ملحوظا في البدء في تنفيذ العقد(٣٢٣) ولخطورة الفسخ كجزاء يجب أن يكون تأخر الإدارة خطيرا ،وعلى نحو يجاوز القدر المعقول الذي يتفق والنية المشتركة للطرفين(٣٢٤) ، فقد يرفض المجلس فسخ العقد مع أن الإدارة تأخرت نحو خمس سنوات في بعض الحالات التي قدر فيها أن التأخير من جانب الإدارة في الوفاء لا يكون مبررا للفسخ، وإن كان يسمح للملتزم بالحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا التأخير(٣٢٥).

ب) نتائج الفسخ: يترتب على الحكم بفسخ العقد أن أثر الحكم في هذا الصدد يرتد إلي تاريخ رفع الدعوى حيث يلتزم المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار في التنفيذ ،ويمتنع عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها ، وأن يستمر في التنفيذ إلي أن يصدر الحكم بفسخ العقد وإلا تعرض للمسئولية(٣٢٦).

ج) استحقاق المتعاقد للتعويض: هو تعويض كامل يغطى كافة ما يلحق الملتزم من خسارة وما يفوته من كسب مع مراعاة ما يكون الملتزم قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى ،وصدور الحكم بالفسخ ، ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطق فيه القاضي الفرنسي بالحكم .وقد يضاف إلي مبلغ التعويض فوائد التأخير ، إذا كان المبلغ المحكوم به معين المقدر وفقا للقواعد المدنية المقررة في هذا الشأن. (٣٢٧)

---

(٣٢٢) أ.د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابقص٢٤٠ وما بعدها.

(٣٢٣) حكم المجلس بتاريخ ٢مارس ١٩٥١في قضية *Ville de Poissy* المجموعة ص٧٧٤.

(٣٢٤) حكم المجلس في قضية "*Glaaenger*" بتاريخ ١٦مايو ١٩٢٣المجموعة ص٤٠٥.

(٣٢٥) راجع في هذا الخصوص حكم المجلس بتاريخ ٢٩يناير١٩٣٦في قضية "*Lesieux*" المجموعة ص١٤٠

(٣٢٦) يراجع حكمه في ٢٧ديسمبر ١٩٢٥في قضية*Dolfini* المجموعة ص٢٢٠.

(٣٢٧) حكم المجلس في قضية *Bongert*في ٢٦يوليو١٩٤٧المجموعه ص٣٥١ .

ثالثا : طبيعة جزاء مخالفة الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز ال B.O.T. :

يتمثل جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية في صورتين هما الفسخ والتعويض ،ويرتب الفسخ التزام الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا عما يلحقه من خسائر وما يفوته من كسب ، وهذا أمر يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه الملتزم من إبرام العقد وهو تحقيق الربح ، لذلك فإن تغطية الخسارة المالية التي تلحقه من خطأ الإدارة تمثل الهدف الذي يتغياه القاضي من الحكم بالتعويض.

والحقيقة أن جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يحمل في طبيعته معنى "التعويض" وبهذه المثابة يختلف عن طبيعة الجزاء الذي يتعرض له الملتزم إذ لا يتخذ في حقيقته معنى التعويض بقدر ما يتخذ معنى العقوبة ، ومرد ذلك إلي أن كل إخلال من جانب الملتزم في تنفيذ التزاماته ،ليس مجرد إخلال بالتزام تعاقدي فحسب وإنما يمثل في المقام الأول مساسا بسير المرفق العام موضوع عقد الامتياز.

وخلاصة القول أن طبيعة جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.* تختلف عن طبيعة الجزاء الذي يتعرض له الملتزم المقصر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، وهذا الاختلاف في الطبيعة بين نوعى الجزاء يرتبط بالاختلاف في الهدف الذي يتوخاه الطرفان فالإدارة تنشد دائما تحقيق النفع العام وتتطلب من الملتزم بذل أقصي جهد في سبيل الوفاء بالتزاماته ، وللإدارة في سبيل ذلك إجبار الملتزم على الوفاء بأن توقع عليه أقصى الجزاءات والتي تحمل في حقيقتها معنى العقوبة.

أما بالنسبة للملتزم فإن تعويضه بسبب خطأ الإدارة في تنفيذ التزاماتها هو الهدف الذي يتوخاه القاضي من الحكم على الإدارة بالتعويض، وهو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في مجال مسئولية الإدارة التعاقدية.

المبحث الثاني
سلطات الإدارة والتزاماتها في تنفيذ
عقد الامتياز وامتيازالـ*B.O.T.*

تمهيد وتقسيم :

يقع على عاتق الإدارة الالتزام بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه تنفيذا أمينـا وفقا لمقتضيات حسن النية في التعامل واحترام كافه شروط العقد الصريحة والضمنية وعدم التقاعس والتسويف في التنفيذ واحترام مدد ومواعيد التنفيذ.

هذا وينفرد عقد امتياز المرفق العام بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الـذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة. فـالنفع العـام غايـة تتعـدى المصلحة الفردية ، ومن أجل نلك تشمـل سلطات الإدارة رقابه الملتزم أثنـاء تنفيـذ العقد، وتوقيع جزاءات على الملتزم لإخلاله بالتنفيذ،وتعديل عقـد الامتيـاز بإرادتـها المنفردة ، ومن ثم نتعرض لدراسة سلطات الإدارة والتزاماتها فـي عقـد الامتيـاز وامتياز الـ*B.O.T.* في مطلبين رئيسيين:

المطلـب الأول

سلطات الإدارة في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* .

المطلب الثاني

التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

" المطلب الأول "

سلطات الإدارة في عقد الامتياز

وامتياز الـ *B.O.T.*

تمهيد وتقسيم:

يستهدف عقد الامتياز في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة، ويتبلور هذا الهدف في بنود عقد الامتياز ، وفي نصوص القانون المنظم للمرافق العامة – وبهذا المقتضى تتمتع الإدارة بسلطات ذات طابع استثنائي تواترت بشأنها أحكام مجلس الدولة في القديم والحديث منها حكم الإدارية العليا في ٢٨ أبريل ١٩٩٢([٣٢٨]) :

" ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد جرى على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص ،مناطة احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ،ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديده بما يتراءى لها أنه أكثر إتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يقيد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب المصلحة الخاصة ".

وللفقيه "جيز" رأى يهاجم فيه حق الإدارة في التعديل بصفة عامة ويعترف به فقط في عقدي الأشغال العامة والامتياز – ومرجع ذلك طبيعة عقد الامتياز بالذات لأن شروطه ليست كلها شروطا تعاقديه، بل منها ما هو لائحي فيكون للإدارة حق تعديل الشروط اللائحية دون التعاقدية ([٣٢٩]) .

ويمكن رد سلطات الإدارة إلي مظاهر أربعه هي : سلطة الإدارة في رقابة الملتزم أثناء تنفيذ عقد الامتياز ، سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على الملتزم في

([٣٢٨]) الدكتور عادل خليل في العقود ص ٢١ ، ٢٢ دار الثقافة الجامعية ١٩٩٩ .

([٣٢٩]) العميد الطماوى المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها ، وقد أورد الدكتور ثروت بدوي في رسالته حكمي مجلس الدولة الفرنسي بزيادة عربات الترام وبزيادة المقابل أو إنقاصه (ص٦٨) .

عقد الامتياز ، سلطة الإدارة في تعديل عقد الامتياز بإرادتها المنفردة ، ســلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز.[330]

وسوف نتعرض لدراسة سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز في الباب الثــالث ــ وندرس هنا في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

سلطة الرقابة في عقد الامتياز وامتياز الــــ *B.O.T.* .

الفرع الثاني

سلطة توقيع الجزاءات في عقد الامتياز وامتياز الــــ *B.O.T.*

الفرع الثالث

سلطة التعديل في عقد الامتياز وامتياز الــــ *B.O.T.*

---

(330) القاعدة الشرعية تقضي بأن "حكم الحاكم يرفع الخلاف"

الفرع الأول
" سلطة الرقابة في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

تباشر الإدارة حقها في الرقابة على تنفيذ شروط العقد الإداري بإيفاد بعض مهندسيها إلي مواقع العمل ، للتأكد من سيرة وفقا للأوضاع المحددة ،وفحص واختبار المواد المستخدمة للاطمئنان على جودة نوعها ، والرقابة في هذه الحدود مرادفة لمعنى الإشراف *Controle survillanee* وتعد إجراء ممهدا لتسلم العمل عند إتمامه ،ومكملا لرقابه الفحص اللاحقة عند التسليم ، ونجد لهذا الحق مرادفا في عقود القانون الخاص .

أما سلطة الرقابة في عقد الامتياز فإنها تتجاوز هذا الحد حيث تتدخل الإدارة بدرجة تزيد على مجرد التأكد من سلامة التنفيذ إلي التدخل في التنفيذ وتغيير بعض الأوضاع فيه *Le choix des modalities d' execution* ولو لم يرد النص عليها صراحة في العقد .

وتتضمن العقود الإدارية في فرنسا تحديد مدى سلطة الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ عقود الامتياز وقد يرد النص عليها في بعض القوانين واللوائح المنظمة لذلك ويسلم مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطات واسعة في الرقابة والإشراف والتوجيه على عقود الأشغال العامة فيما يتعلق باختيار المواد وطرق التنفيذ .

وفي مصر- تنص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة على أنه : " لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيرة من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلي ديوان المحاسبة (الجهاز المركزي للمحاسبات) بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية *وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة".*

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات أو الهيئات العامة لتتولى أمرا من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ، وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلي كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام ."

وعلى الملتزم أن يقدم إلي مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت" .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ في شأن تعديل المادة السابعة بعد سابقه تعديلها بالقانون ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ القول : " حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلي فكرة المرفق العام ، وبما يقتضيه سيره وانتظامه وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ،ولو لم ينص عليه في العقد . بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام .

" وإنه ولئن كان مشروع التعديل قد تضمن صورا متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها . إلا أن اختيار أحد هذه الوسائل أو الجمع بينها مردة إلى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) إذ يترخص في تقدير ملاءمة كل منها لاحتياجات المرفق ،وما يقتضيه نظام سيره بما يحقق المصلحة العامة . فعلى ضوء احتياجات المرفق العام يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة، وما يتلاءم معها من صورها ، فلا يجمع بين أكثر من صورة منها إلا إذا قدر أنها أدعى إلي تأمين سير المرفق ،وتغليب المصلحة العامة التي تتغياها العقود الإدارية".

ويظل حق الرقابة على هذا النحو قائما طالما وجد المرفق العام،ومهما كانت السلطة ومداها فإنها يجب أن تقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد *La denaturation du contrat*[٣٣١]. *كما يجب ألا تصل الرقابة في جميع الأحوال إلى حد التعديل الانفرادي لموضوع العقد أو شروطه* [٣٣٢] .

---

[٣٣١] العميد الطماوى في العقود الإدارة المرجع السابقة ص ٤١٣ ، ٤١٤ .

[٣٣٢] د . خميس إسماعيل الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية ص ٧٦ .

ويمتد حق الإدارة في الرقابة والإشراف إلي إجبار الملتزم بتحديد أدوات المرفق ومشتملاته إذا أهمل في صيانتها بما يجعلها غير صالحة للاستعمال في نهاية المدة ، وتستطيع الإدارة أن تطلب فسخ عقد الملتزم على مسئوليته وبالتالي تحبط مسعاه وترد قصده عليه[٣٣٣]، والنص على تنظيم هذه المسألة يسهل رقابة القضاء ، ويقلل من فرص الخلاف ، ولهذا تحرص معظم عقود الامتياز على تنظيم نسبة المبالغ التي يتعين اقتطاعها من الأرباح والمدة التي يبدأ منها الالتزام بتجديد الآلات[٣٣٤] .

وفي حالة تعديل شروط العقد فرقابة الإدارة للملتزم ليست من قبيل الحقوق المجردة بل تحمل طابع الواجب حيث يقع عليها التزام بالتدخل واستعمال سلطتها في حالة إخلال الملتزم بالشروط التي جرى تعديلها فأصبحت ضمن شروط عقد الامتياز وللمنتفعين مطالبة الإدارة بالتدخل وإجبارها على ذلك قضاء إذا ما تخاذلت، أو تغاضت عن استعمال سلطاتها في هذا الشأن .

وتعد سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه صورة متميزة من صور تدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقد وتختلف عن صور التدخل الأخرى كما يلي :

* _سلطة الرقابة وتميزها عن سلطة التعديل المنفرد:_ تختلف سلطة الرقابة عن سلطة التعديل المنفرد *pouvoir de modification unilaterale* فسلطة التعديل تتناول تغيير التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان وفي شروط أو مدة التنفيذ المتفق عليها.

* _سلطة الرقابة وتميزها عن إجراءات الضبط الإداري:_ الثابت في فقه القانون الإداري وقضائه أن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لا يشكل عقبه تحول دون ممارسه جهة الإدارة المتعاقدة لاختصاصاتها المستمدة من النصوص التشريعية التي تهدف إلي حفظ النظام إلا أنه من ناحية أخرى، لا يجوز للإدارة أن تستفيد من وضعها كسلطة عامة لكي تفرض على الملتزم إجراءات الضبط الإداري في ممارستها للرقابة بموجب العقد . [٣٣٥]

---

(٣٣٣) ا. د./محمد سعيد في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ٣١، وانظر "مبادئ القانون الإداري" المرجع السابق ص ٢٩٢ بأنه" وحيث يسمح للإدارة بالتدخل في أوضاع التنفيذ، ومن ذلك مثلا طلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد، وذلك على نحو تصبح معه الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقد".

(٣٣٤) العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص٧٢١.

(٣٣٥) أحكام مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٠٥ ، ١٩٠٧ وحكم الأساس في قضية ترام مرسيليا ١٩١٠.

وفي ضوء ما تقدم من أحكام عامة تتنوع صور الرقابة في عقود الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* ونتناول بالدراسة أولا: الرقابة الفنية ثانيا: الرقابة المالية ثالثا: الرقابة الإدارية رابعا: رقابة الصيانة والتجديد وخامسا: حدود الرقابة وأهدافها في عقود الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

أولا : الرقابة الفنية *Le controle tecnique* : تتضمن دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الامتياز في فرنسا تنظيم سلطات الإدارة وحدودها ،وأهدافها في مجال ممارسة الرقابة الفنية. ففي عقود امتياز القوى الهيدروليكية، يكون لموظف الإدارة الحق دائما في الدخول إلي مناطق الاستغلال للإطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط وإجراء الاختبارات اللازمة على منسوب القوى للتأكد من كفاءة معدلات الاستغلال.

وفي مصر- تتضمن اتفاقيات الامتياز البترولية بيان سلطات الرقابة الفنية على الملتزم ، وذلك على النحو الوارد في المادة الرابعة عشر من اتفاقية الامتياز البترولي المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة اجيبتكو أويل أند جازاكسبلوريشن [٣٣٦]

---

[٣٣٦] تنص المادة ١٤ من الاتفاقية على ما يأتي:-

(ا) يعد ويحتفظ المقاول و/ أو الشركة القائمة بالعمليات طوال مدة سريان هذه الاتفاقية بسجلات دقيقة تقيد فيها – في جميع الأوقات العمليات الجارية في المنطقة بموجب هذه الاتفاقية،، ويرسل المقاول، و/أو الشركة القائمة بالعمليات إلي الحكومة أو ممثلها وفقا للتعليمات السارية أو كلما طلبت الحكومة أو ممثلها في الحدود المناسبة المعلومات والبيانات الخاصة بعملياتها الجارية في هذه الاتفاقية .

ب – يحتجز ويحتفظ المقاول و / أو الشركة القائمة بالعمليات لمدة زمنية معقولة بجزء يمثل كل عينه من الطبقات الاسطوانيه ومن عينات الحفر المستخرجة من حفر الآبار وذلك بقصد التصرف فيها بمعرفة الحكومة أو ممثلوها أو تقديمها إليها بالطريقة التي تراها الحكومة وجميع العينات التي يحتفظ بها المقاول و /أو الشركة القائمة بالعمليات لأغراضها الخاصة تعتبر معده للتفتيش عليها في أي وقت مناسب بمعرفة الحكومة أو ممثلها .

جـ) في حالة تصدير أية عينات صخرية خارج (ج . م . ع) فإنه يتعين قبل التصدير تسليم مثيل لها حجما ونوعا إلي الهيئة كممثل للحكومة ، وذلك ما لم توافق الهيئة على خلاف ما تقدم .

د) لا يجوز تصدير أصول التسجيلات إلا بتصريح من الهيئة ، ومع ذلك فإذا كانت الأشرطة المغناطيسية وأية بيانات أخرى مما يلزم إعدادها وتحليلها خارج (ج . م . ع) فإنه يجوز تصديرها إذا احتفظ بالأصل أو بتسجيل مماثل للأصل في(ج . م . ع) وبشرط أن تعاد هذه الصادرات إلي (ج . م . ع) باعتبار أنها مملوكة للهيئة . =

وتتضمن عقود ووثائق امتياز الـــــ *B.O.T.* أحكاما تخول الإدارة إجراء الرقابة الفنية في إدارة وتشغيل المطار، ومراجعة الوثـــائق والمســتندات ورقابــة التنفيـذ المشوب بالعيوب في المواد ٣، ٧، ٨ مـن العقد طبقا لأسس الأداء والتقنيات الحديثـة والمتطلبات والمعايير المستخدمة في التشــييد واختبـار المعـدات والأدوات وأطقـم التشغيل حسب المواصفات والمقاييس والوثائق والكتيبات المستخدمة عالميا في هـذا المجال وذلك على النحو المبيـن تفصيـلا بـالملاحق المرفقــة بـالعقد أرقـام ١٥، ١٦، ١٧، ٢١.[٣٣٧]

=هـ) خلال المدة التي يقوم المقاول في أثنائها بعمليات البحث يسمع المقاول للهيئة بالدخول إلي كافة أجزاء المنطقة عن طريق المفوضين من ممثليها ،أو موظفيها، وذلك في جميع الأوقات المناسبة، مع تخويلهم الحق في معاينة العمليات التي يجغط بها المقاول ،ويراعى ممثل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق طبقا لما ذكر في الجملة السابقة من هذه الفقرة (و) عدم إعاقة عمليات المقاول ويقدم المقاول إلي الهيئة نسخا من جميع البيانات (شاملة وليست مقتصرة علـى التقـارير الجيولوجيـة والجيوفيزيقيه وتسجيلات الآبار وقطاعاتها) ،وكذلك كل المعلومات والتفسيرات المتعلقة بما ذكر والتي تكون موجـودة لدى المقاول ،وجميع هذه البيانات والمعلومات تعتبر سريه إلي أقصى حد ، ولا تفشيها الهيئة إلا للشركات التابعة لهـا ،ولا تفشيها الحكومة بدون موافقة المقاول طوال سريان هذه الاتفاقية. ملحق مضبطة مجلس الشـعب – الجلسـة الثامنة والأربعين في ٢٩ مارس سنة ١٩٧٨ ص ٢٣، ٢٤ ويراجع أ.د. محمد سعيد في أحكام التنفيذ المرجع السابق ص ١٩٧.

[٣٣٧] تراجع النصوص في الوقائع المصرية المرجع السابق ص ١١، ١٥، ٦٢، ٦٧

المادة(٣) موضوع العقد(جـ) إدارة وتشغيل المطار في البنود الآتية:-

بند(٩) يقوم المالك بإصدار الإعلان المقرر لتشغيل المطار لاستقبال وهبوط الطائرات متى أرسل له المستثمر طلبا بذلـك وفي خلال مدة ٢٨ يوما من تاريخ الطلب ،وذلك في حالة اجتياز المشروع لجميع الاختبارات اللازمة لذلك .وفي حالـة رفض المالك إصدار الإعلان المقرر فعليه إبلاغ المستثمر بأسباب الرفض في المدة المحددة حتى يمكنه تلافي هذه الأسـباب وبعدها يقوم المستثمر بإعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغية إصدار إعلان التشغيل خلال مدة ١٤ يومـا مـن تاريخ إعادة الطلب.

بند(١٠) يتعهد المستثمر بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق(٢٧).

بند(١١) تختص الهيئة المصرية للطيران المدني بإصدار تراخيص الطائرات (هبوط وإقلاع) لكافة عمليات النقل الجوى.

بند(١٢) يكون للهيئة المصرية العامة للطيران المدني الحق في التفتيش على كافة الأعمال والخدمات والأنشطة التي تؤثـر على أعمال الطيران المدني وعلى الملتزم استصدار ترخيص تشغيل المطار وتجديد الترخيص دوريا من الهيئة وفقا لما تحـدده القواعد المنظمة لذلك.

المادة(٧)مراجعة الوثائق والمستندات:

أ-للمالك أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعة الوثائق المتضمنة التصميمات والرسومات والبيانـات التقنيـة وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ ،وعلى المالك أن يخطر الملتزم بذلك وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بـالقدر نفسه الذي يتيحه العقد للمالك .=

=ب-يتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التي يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشاري)للمراجعة وفقا للمعايير الدولية على نحو ما هو موصوف بالملحق (١٤)،وفي حالة كونها مخالفه أو غير كافيه أو غير دقيقه أو غير متوافقة يتم إعادتها لتعديلها ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة عن ذلك بما فيها تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشاري.

ج-يتحمل الملتزم التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم التوافق في المواصفات والرسومات إذا تسببت هذه التعديلات في حدوث تأخير يعتبر الملتزم مسئولا عن ذلك التأخير.

د-تنقل للمالك ملكية الوثائق المتضمنة الرسومات والمواصفات والبيانات الفنية لاستخدامها في صيانة وإصلاح المطار بعد انتهاء فترة الالتزام.

المادة(٨)التنفيذ المشوب بعيوب:إذا اكتشف المالك – قياسا على المستويات الدولية لتأمين سلامة الطيران والركاب – عيوبا خطيرة في المطار، أو في أي من مكوناته أو تجهيزاته أثناء إجراء التفتيشات والاختبارات التي يقوم بها المالك ،أو من ينوب عنه بموجب هذا العقد ،وكانت هذه العيوب قابله للإصلاح ..تعين على الملتزم والحالة هذه أن يصلح هذه العيوب وأن يثبت خلو المطار من أي عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك أو من ينوب عنه في غضون مدة ..تلي التفتيشات ،والاختبارات غير الناجحة التي سبق إجراؤها ،وإذا فشل في ذلك أو كررت التفتيشات والاختبارات وثبت أن العيوب غير قابله للإصلاح فعلى الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة من الإنشاء وإعادة إنشائها من جديد طبقا للمواصفات القياسية ووفقا لما هو محدد بالعقد وملاحقه.

ملحق١٧-١-١ الكفاءة الفنية:للمشغل سيتم الحكم عليها بواسطة أدائه السابق وتستلزم العناصر التالية:

الجودة والتعليم وتدريب طقم العمل والإدارة والعمالة اليدوية ، التقنيات المكتسبة والمتمارسه ،التسهيلات الفنية والموارد المتاحة ، مقاييس مراقبة الجودة وضمان الجودة ، إدارة مدعمه بالأدلة في مجال إدارة المطارات ، مقدرة الإدارة لنقل الكفاءة الفنية لمواقع خارجية.

ملحق١٧-٤ المستندات المرجعية:كتيبات الايكاو التالية يجب الالتزام بها في صيانة وتشغيل المطار ، ملحق الايكاو رقم ١٤ مجلد١،دليل الايكاو لخدمات المطار الوثيقة ٩١٣٧ الأجزاء ١-٩.

ملحق ٢١-٢ ترخيص المطار :تقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإجراء تفتيش دوري على المطار بما يتفق مع البرنامج الذي تمت الموافقة عليه من كلا الطرفين .. المراجعات الإضافية المتعلقة بعمليات المطار تتم وفقا لما تراه الهيئة دون قيد أو شرط .تتولى الهيئه المصرية العامة للطيران المدني إصدار شهادة استمرار تشغيل المطار .

٢١-٣المتطلبات المتعلقة بتشغيل المطار:سيقوم المشغل بتشغيل المطار بصفة مستمرة دون توقف أي ٢٤ ساعة في اليوم ٣٦٥يوما في السنة أو كما تقتضي متطلبات الحركة الجوية .سيقوم المطار بتحقيق الفصيلة الأولى *I* الايكاو الخاصة بالمقاييس الملاحية مع توفير إمكانية رفع الكفاءة إلي الفصيلة الثانية *II* وتكون معدات نظام الهبوط الآلي من الفئة الأولى عند تركيبها .

الملحق (١٦) المعايير المستخدمة للتشييد واختيار المعدات والتركيب والاختبارات وإعداد طقم التشغيل.

١٦-١التشييد: يجب أن تكون أعمال التشييد متطابقة مع:القوانين والنظم المطبقة لجمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للطيران المدني ، المقاييس المعتمدة دوليا للأعمال المدنية والمعمارية ، المعايير الواردة في ملاحق الايكاو ذات الصلة بالموضوع المذكور في الملحق(١٥) ، القوانين والنظم المذكورة أعلاه تطبق أساسا للبنود التالية: المواصفات القياسية للبناء والتراخيص ، قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية ، النظم التجارية.=

-متطلبات استيراد مواد التشييد وما شابهها ، المواصفات القياسية والرموز ونظم الممارسة الدولية الصادرة من المنظمات الدولية والتي تشتمل على *ASTM.BS* .

عند الاحتياج إلي تعديل أو إضافة إلي قواعد سبق الاتفاق عليها يتم الرجوع للهيئة ويجب أن يكون الطلب والموافقة خلال مرحلة التطبيق.

١٦-٢اختيار المعدات:معايير اختيار المعدات تفرق بين (٥)أصناف رئيسية من المعدات:الممرات والممرات المساعدة (الفرعية) ومواقف الطائرات أي المعدات التي تركب ومن اجل الممرات والممرات الجانبية ومواقف الطائرات.

المباني-أي المعدات التي تركب في المباني من أجل الاستخدام الداخلي والخدمات .

معدات خدمات أرضية-أي معدات تركيب المباني لخدمات الركاب والحقائب والشحن الجوى أو تستخدم على مواقف الطائرات لمثل تلك الخدمات.

معدات مراقبة الحركة الجوية-على المستثمر أن يقوم بتركيب المتطلبات من الاجهزه والمعدات في مطار (مرسى علم) بحيث تتوافق مع الأجهزة الموجودة في مركز القاهرة للملاحه الجوية.

معدات المطار-أي معدات تستخدم لخدمات المطار مثل مكافحة الحرائق والإرشاد والكنس وتيار كهربائي لحالات الطوارئ وحاويات لتصريف فائض المياه أو السوائل ..الخ أي معدات متحركة لاستخدامها في ،ومن أجل المطار والمعايير العامة التالية يجب أن تستخدم لكافة الأصناف.

مورد المعدات المتعاقد عليها ،يجب عليه تركيب المعدات وتدريب طاقم تشغيلها وصيانتها وتوريد المطالب الابتدائية لقطع الغيار وضمان الأداء الصحيح للمعدات تحدد لفترة زمنية كحد أدنى المستويات الخاصة المحددة (مثلا تكون الاستفادة من السلم المتحرك ٩٨% على مدار ٣ سنوات)

المعدات التي يقع اختيار المورد عليها يجب أن تكون مستخدمه حاليا في مطارين دوليين على الأقل.

المعدات الرئيسية لمراقبة الحركة الجوية يجب اختيارها بعناية وافيه يراعى فيها تطابقها بوجه عام مع المعدات الموجودة في مراكز الملاحة الأخرى العاملة والتابعه لهيئة الطيران المدني المصرية.

إجراءات اختيار المعدات طبقا للمعايير القياسية للهيئه وشروط العقد لضمان الأداء وضمان المعدات وتدريب المشغل وتدريب الإصلاح والصيانة وتوريد قطع الغيار والعدد الخاصة ومعدات الاختبار والكتالوجات والمطبوعات ...الخ .

مقاييس الأداء الخاص يجب أن تطبق على كافة معدات مراقبة الحركة الجوية والمعدات المرتبطة بها ويجب على مورد المعدات أن يضمن حدا أدنى من الاستفادة من المعدات لـــ٩٩،٣%من الوقت بعد مضى ٦ أشهر من التشغيل-قطع الغيار الموجودة في متناول اليد يجب أن تغطى ٩٧% من الأعطال على أن تكون الفترة الزمنية بين كل عطل لأجهزة الإرسال والاستقبال والـــ *CRT* ومنابع الكهرباء يجب أن تكون ٣آلاف ساعة تشغيل مولد كهرباء الطوارئ يجب أن يشغل ٩٩%من الاختبارات المخططة وغير المخططة ..يجب أن يتاح ممثل فني لمورد المعدات الرئيسية يمكن الاتصال به أثناء فترة الـــ١٢شهرا الأولى للتشغيل.

١٦-٣ تركيب المعدات:تركيب المعدات يجب أن يتم تحت مراقبة المورد نفسه ... يجب تطبيق معايير التشييد المحددة في الفقرة ١٦-١.

١٦-٤ اختبار المعدات: يجب اختبارها بواسطة المورد في وجود أخصائيين من الهيئه والمستشار ويؤخذ في الاعتبار كتيب الايكاو التالي لاختبار جهاز الراديو ومعدات الملاحة ،،، المستثمر يجب أن يكون مسئولا عن الاختبار والمعايرة، كتيب الايكاو لاختبار مساعدات ملاحقة الراديو(الوثيقة ٨٠٧١)المجلد *II.I*.

ثانيا : الرقابة المالية Le contrale financier:تتمثل الرقابة المالية في حق الجهة مانحه الامتياز إجراء التفتيش في أي وقت على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام محل الامتياز فالمتعاقد في نطاق عقود الامتياز على اختلاف أنواعها يلتزم بإمساك دفاتر حسابات منتظمة وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها ،والمعمول بها.

وفي مصر- ينظم القانون الخاص بنظام المرافق العامة قواعد الرقابة المالية التي تمارسها الجهة مانحة الامتياز على الملتزم وتتضمن اتفاقيات الامتياز البترولي هذه القواعد(٣٣٨).

هذا وتتضمن عقود امتياز الـ*B.O.T.* أحكاما خاصة بحق الإدارة في إجراء الرقابة المالية حسبما جاء بالملحق ١٧-١-٢السياسات المالية(٣٣٩) .

---

(٣٣٨) يراجع في هذا الصدد نص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة.

وتنص المادة الثالثة عشرة من اتفاقية الامتياز البترولي السابقة الإشارة إليها على ما يلي :-

أ – تقوم كل من الهيئة والمقاول والشركة القائمة بالعمليات بإمساك دفاتر حسابات في مكاتب عملها في ج . م. ع وذلك وفقا للنظام المحاسبي المبين في الملحق (...) ووفقا للأوضاع المحاسبية المقبولة والمعمول بها بصفة عامة في صناعة البترول وكذلك الدفاتر الأخرى والسجلات اللازمة لتوضيح ما ينفذ من أعمال بمقتضى هذه الاتفاقية بما في ذلك كمية وقيمة البترول المنتج والمحتفظ به بمقتضى هذه الاتفاقية ويمسك المقاول والشركه القائمة بالعمليات دفاتر وسجلات حساباتهما المشار إليها مقيدا فيها الحساب بدولارات الولايات المتحدة الأمريكية وتقدم الشركة القائمة بالعمليات شهريا للحكومة أو ممثلها بيانات توضح كمية البترول المنتج والمحتفظ به بمقتضى هذه الاتفاقية وتعد هذه البيانات، وفقا للأوضاع التي تطلبها الحكومة، أو ممثلها ،ويوقع عليها المدير العام أو مساعد المدير العام أو أي مندوب أخر مفوض في ذلك وتسلم للحكومة أو ممثلها خلال ثلاثين يوما من نهاية الشهر الذي تغطيه هذه البيانات .

ب – يجب أن تكون دفاتر الحسابات المذكورة آنفا وغيرها من الدفاتر والسجلات المشار إليها بعالية معده في جميع الأوقات المناسبة لفحصها بمعرفة المندوبين المفوضين من الحكومة .

جـ – يقدم المقاول للهيئة بيانا بحساب الأرباح والخسائر للسنة التقويمية في موعد لا يتعدى يوم ١٥ مارس من السنة التالية يوضح فيه صافي ربحه أو خسارته عن تلك السنة والناتجة من العمليات البترولية بموجب هذه الاتفاقية . ويقدم المقاول إلي الهيئة في الوقت ذاته ميزانية آخر العام لذات السنة التقويمية .

انظر مضبطة مجلس الشعب المرجع السابق ص ١٣

ثالثا الرقابة الإدارية في عقد امتياز الـــ B.O.T.: ينفرد عقد امتياز الـــ B.O.T. بوضع خاص حيث يحق للجهة المالكة تعيين عضويين ممثليـــن لـــها فـــي مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز وذلك على النحو المنصوص عليه في المـــادة ٣ من العقد وبالملاحق أرقام ١٧ ،٢٠، ٢١ ،٢٧[٣٤٠].

([٣٣٩])الملحق ١٧-١-٢ السياسات المالية:-سياسات المشغل المالية فيما يتعلق بالاستهلاك واستهلاك الأصول ،الدهـــن وصيانة المنشآت تعد من الاعتبارات الرئيسية .نفقات المشغل توجهها بشكل كبير الحاجة إلي استرجاع رأس مال صاحب الامتياز على مدار عدد السنوات المخصصة لهذا الغرض .

وتسليم المنشأة إلي الهيئه المصرية للطيران المدني في نهاية فترة الامتياز الوارد بالملحق (٣١) تحدد بالتفصيل تحت أي شروط سيتم تسليم المطار إلي الهيئه المصرية للطيران المدني وستطلب الهيئه عند تسلمها المطار تسليمها خطة العمل المقترحة مـــن قبل المشغل وهذه الخطة يجب أن تشتمل على هذه النقاط بحد أدنى:

* السياسات المالية. مستويات توفير طقم العاملين بالمطار. الاستعانة بالخبرات الأجنبية. اختيار نظم المحاسبة ونظام المراقبـة المالي ، تحتفظ الهيئة المصرية للطيران المدني بحقوق مراجعة دفاتر المشغل (طبقا لما جاء بالملحق المالي لإطار التعاقد)علـى أن يخطر المشغل قبلها بوقت كاف.

([٣٤٠])المادة (٣) موضوع العقد(جـ) إدارة وتشغيل المطار :

١-يدير المشروع مجلس إدارة على النحو الذي تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٢٠) يمثل فيه المالك بعدد عضوين مـن تسعه أعضاء وقد جاء بالملحق (٢٠)تشكيل مجلس الإدارة انه تم تعين مجلس إدارة من تسعة أعضاء منهم ٧أعضاء كما هو وارد في المادة ٢١ بالعقد الأساسي، وكذلك عضويين من خبراء هيئه الطيران المدني وبالملحق ١٧-٢(الترخيص والمراقبة) تصدر الهيئه المصرية العامة للطيران المدني إجازة المطار بما يتفق مع أنظمتها قوانينها المطبقة كما أنها تتولى مسئوليتها مـــن خلال تمثيلها بمجلس الإدارة .

مادة ٣ ب إنشاء المطار موضوع العقد:

٧- يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية بالمطار مسئولية المالك، وعليه تخصيص العـــدد الكـــافي مـــن العاملين ذوى التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقا للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقا للأسلوب والشـــروط التي تم تحديدها بالملحق(٢١)،ويكون المالك مسئولا عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها ،وهبوطـــها ،وتحركها على أرض المطار ،وذلك توحيدا للمسئولية عن سلامه تلك الحركة ،ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عـــن أيـــة أضرار قد تلحق بالملتزم أو بالغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة.

٢١-٤-٢ الهيئة المصرية العامة للطيران المدني :تتولى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني كافة الخدمات المتعلقـــة بمراقبـــة الحركة الجوية بما في ذلك المساعدات الملاحية بينما سيتولى صاحب الامتياز صيانة وإصلاح كافة معدات مراقبة الحركـــة الجوية والملاحة.

١٧-١ أوجه الإدارة :أيا كانت الصيغة القانونية التي يختارها المتعاقد لتشغيل المطار ،يجب الالتزام بالمعايير التالية في تعيين إدارة التشغيل: الكفاءة الفنية ، الخبرة الدولية، التعامل مع الوكالات التجارين الخارجين.

تحتفظ الهيئة المصرية للطيران المدني بحقها في الانفراد بإصدار تصاريح الرحلات المجدولة والعارضـــة إضافـــة إلي عمليات الطائرات الفردية لأغراض أخرى. =

رابعا:رقابة أعمال الصيانة والتجديد : من المتعارف عليه بالنسبة للمشروعات الإنتاجية والخدمية على السواء أن أصولها تستهلك بفعل الزمن ما لم يتم وعلى الدوام صيانة وتجديد ما تآكل منها أو تقادم به العهد ...،ويتلازم مع هذا الأمر ضرورة متابعة مستوى أداء المشروع للتأكد من عمليات الترميم والإصلاح والإحلال والتجديد ، وبتحديث الأصول بحسبان أن كل شئ له عمر افتراضي .فكثير ما انهارت

٢١-٤-٣ وزارة الداخلية ستكون مسئوله عن: الأمن ، الجوازات ، مكافحة الحريق.

٢١-٤-٤ وزارة المالية:ستكون مسئوله عن أعمال التفتيش الجمركية.

٢١-٤-٥ وزارة الصحة والحجر الزراعي والبيطري: تكون مسئوله عن أعمال التفتيش الصحي والبيطري وترتيبات الحجر الصحي المطلوبة ،وسيكون أسلوب تقديم هذه الخدمات من الجهات المذكورة وعلاقتها مع إدارة المطار طبقا لما هو معمول به في مطارات الهيئة.

المادة (٣) موضوع العقد -(ب) إنشاء المطار.

١٠-يتعهد الملتزم بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة العامة المصرية للطيران المدني بالمشروع ،وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق٢٧ .

١٢-يختص الطرف الأول بإصدار تصاريح وتراخيص الطائرات (هبوط وإقلاع)لكافة عمليات النقل الجوى.

الملحق (٢٧) إجراءات مراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة .

١-تنص الفقرة (١٠) من المادة (٥-د)إدارة المطار في اتفاق إطار التعاقد

"يتعهد المستثمر بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق(ش).

٢- والأعمال التي تتطلب خبرات متخصصة في الطيران المدني ،ويحدد لها الملحق رقم(١)لاتفاقية شيكاغو للطيران المدني إجازات وأهليات محدده ،هي أعمال برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية وهي مسئولية الهيئة ، وستقوم بها الخبرات المتخصصة من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني .

٣-بخلاف أعمال برج المراقبة والمساعدات الملاحية يتولى مجلس إدارة مطار مرسى علم -بناء على التنظيم الوظيفي للمطار وبطاقات وصف الوظائف ،تحديد الأعمال التي تكون فيها الخبرات المكتسبة في أعمال الطيران المدني عنصرا أساسيا في أداء العمل.

٤-وسيراعى المستثمر عند شغل الوظائف المشار إليها في البند السابق ،الاتصال بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني لترشيح من تجده مناسبا لتلك الأعمال من بين العاملين لها ،وإذا رأت إدارة المطار أن المرشح مستوف للشروط المقررة لتلك الوظيفة في بطاقات وصف وظائف المطار ،يتم تعيينه في الوظيفة بإحدى طريقتين :

١/٤ التعين بشكل دائم ، بعد إنهاء خدمته في الهيئة المصرية العامة للطيران المدني إذا قبل شروط وأوضاع الوظيفة طبقا لما تقضى به لوائح العمل في مطار مرسى علم.

٢/٤ التعين على سبيل الإعارة أو الانتداب من الهيئة المصرية العامة للطيران المدني لفترة زمنية محددة ،يقوم فيها بالعمل ويدرب الأفراد المعينين بشكل دائم في المطار.

مؤسسات وتعطلت مشروعات بسبب النقص في قطع الغيار أو الأدوات ،والمهمات وأيضا حين يتقادم العهد بالمعدات والأجهزة ،والآلات وغيرها في ظل التطور التكنولوجي الحديث .

وفي هذا المجال لا تقتصر أعمال الصيانة والتجديد والتحديث على الأصول المادية فحسب بل إن العنصر البشرى هو الآخر في مسيس الحاجة إلى التدريب وتجديد المهارات ، أما التكاليف والمصاريف اللازمة فإنها تقع على كاهل الملتزم باعتباره المسئول الأول عن استقرار انتظام العمل بالمشروع طوال مدته وحتى انتقال ملكيته للدولة في حالة جيدة حفاظا على رأس المال القومي من التداعي والانهيار.

وتنص المادة الرابعة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة على أنه:" يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات أراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام، وتؤول جميعها إلي الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل *وبحالة جيدة صالحة للاستعمال*" كما تضمن عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* في شأن الالتزام بأعمال الصيانة والتجديد والرقابة عليها أحكاما تتصل بأعمال الصيانة والتجديد في المادتين٣،٧ من العقد وبالملحق٣١.(٣٤١)

وفي ضوء سلطة الإدارة في الرقابة بصفة عامة حسبما توضح وكذلك ما تضمنه عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* من أحكام تتعلق بتنظيم أعمال الصيانة والتجديد والرقابة عليها -فإن هذا التنظيم قد شمل مختلف القواعد والإجراءات

---

(٣٤١) انظر المادتين ٣،٧ من العقد والملحق رقم ٣١ في الوقائع المصرية المرجع السابق ص ٨،١٤،٨٣

المادة (٣) موضوع العقد – إعداد الدراسات والتصميم: انظر النصوص الواردة في شأن ذلك في (ثالثا)، المادة (٧) من العقد :-مراجعة الوثائق والمستندات – تنقل للمالك ملكية الوثائق المتضمنة الرسومات والمواصفات والبيانات التقنية لاستخدامها في صيانة وإصلاح المطار بعد انتهاء فترة الالتزام.

ملحق –٣١–٢ أسلوب نقل الأبنية والمعدات :صاحب الامتياز سيقوم قبل عامين من تاريخ نقل ملكية المطار بتزويد الهيئة المصرية العامة للطيران المدني قائمه كاملة ومكتملة لكافة الأبنية المشيدة (المباني والممرات والممرات الجانبية ومناطق مواقف الطائرات) وتركيب المعدات وحتى تاريخ الفحص.

-صاحب الامتياز سيقوم عندئذ بتزويد المالك بالتالي: قطع غيار لتغطية سنه تشغيل كامله.

إجراءات كامله للصيانه كما كان متوقعا في مستندات الصيانه لكافة التركيبات والمعدات.

والتقنيات التي تكفل تأمين سلامة الأصول الخاصة بمرفق الامتياز حتى يؤدى خدماته للمنتفعين به طوال أجله بالإضافة إلي المدة المتفق عليها بعد انتقال ملكيته للدولة.

<u>خامسا حدود الرقابة وأهدافها في عقود الامتياز وامتياز الـ .B.O.T:</u> تمارس الإدارة رقابتها بالمعنى الضيق في عقود الامتياز عن طريق الإشراف للتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد دون أن تتضمن توجيهها أو تدخلات في إدارة المرفق على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، وتحرص الإدارة المانحة بصفة علمة أن تجعل للملتزم اليد الطولي في إدارة مرفق الامتياز واستغلاله في مقابل التضحيات المالية التي يتكبدها الملتزم ومن ثم يكون تدخل الإدارة في حدود الإشراف والتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد <u>فالمادة"٣٠"</u> من دفتر الشروط العامة لعقود امتياز الاناره في فرنسا تنص على أنه " ليس لموظفي الرقابة التدخل بأي حال في إدارة الاستغلال "

وفي مصر تتضمن المادة الرابعة عشرة من اتفاقية الامتياز البترولي سالفة البيان – إشارة إلي هذا المعنى حيث تقضى في هذا الخصوص بأن " <u>يراعى ممثل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق (حقوق الرقابة) عدم إعاقة عمليات المقاول ،وهي العمليات الخاصة بالاستغلال.</u>

وخلاصة القول أن جهة الإدارة مانحة الامتياز تراعى دائما وهي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم المواءمة بين اعتبارين جوهرين هما : كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز وضمان سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد، ***<u>وذلك من خلال إعمال سلطتها في الرقابة التي تقف –في حقيقة الأمر– عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال .(٣٤٢)</u>***

<u>والحقيقة أن الأمر جد مختلف في عقود امتياز الـ.B.O.T لوجود ممثلين للهيئة المصرية العامة للطيران المدني في مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز، فالرقابة الإدارية هنا لا تقف عند حد الإشراف على عملية الاستغلال ، بل تمتد بالمشاركة في صنع القرار من وجهين: .</u>

---

(٣٤٢)). د. محمد سعيد أمين – في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢٠٢.

الوجه الأول: أنه وإن كان حق الرقابة الوارد بنصوص العقد وملاحقه يقتصر في نهاية المطاف على مجرد اعتراض الهيئة على مشروع القرار أمام حيازة الشركة صاحبة الامتياز على أغلبية أعضاء مجلس إدارة الشركة ـ فالرقابة الإدارية ـ بالرغم من ذلك تعد وسيله فعاله ومؤثرة من خلال الاشتراك في المناقشات إبان عرض مشروع القرار قبيل مولده في مجلس الإدارة ، *ولا شك أن الشركة يشتد حرصها بإمعان النظر والتبصر بتلبية ما تراه الهيئة المالكة لازما طالما كان ذلك ممكنا .*

الوجه الثاني: يتضح من الأحكام الواردة بعقود امتياز الـ *B.O.T.* أن ثمة أعمالا واختصاصات تنهض بها الهيئة المالكة وحدها وتحت مسئوليتها - *ولا يعد هذا من قبيل الرقابة إنما يدل على مساهمة الهيئة في الإدارة والتشغيل، بما ينطوي عليه تدخلها في العديد من الأعمال.*

وعلى هذا النحو تستهدف الرقابة تحقيق اعتبارين:

أولهما:أن إتباع سياسة موحدة في إدارة وتشغيل المطارات لأمر يتفق وضرورة بسط سيادة الدولة على هذا المرفق الحيوي في كافة الأنحاء ، *ودليل ناصع بأن شركات الامتياز الأجنبية لم تعد تشكل سيطرة المستثمر الأجنبي على مقاليد الأمور في البلاد .*

وثانيهما:أن نشاط مرفق النقل الجوى بحكم طبيعته الذاتية يخضع لنظام المركزية في الإدارة ، و الهيئة المالكة هي الجهة المنوط بها مسئولية مرفق الطيران المدني في كافة أنحاء البلاد ، *ومن أخص واجباتها استمرار نجاح مرفق الطيران في مختلف الأرجاء.*

الفرع الثاني
" سلطة توقيع الجزاء في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*"

تمهيد وتقسيم:(٣٤٣)

إن إخلال الملتزم بالتزاماته العقدية - إذا أهمل أو قصر في التنفيذ، أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد أو تنازل عنه للغير يشكل مساسا بالمرفق العام محل الامتياز، ويؤدى إلي حدوث أضرار اقتصادية واجتماعية بالغة الأثر خاصة إذا كان مرفق الامتياز محل العقد من المرافق العامة الحيوية التي تقوم بتزويد المنتفعين بالمياه ،أو الكهرباء، أو الغاز...الخ ، فكان لابد من فرض جزاءات توقع على الملتزم وأنواع الجزاءات هي:

١- الجزاءات المالية: عبارة عن مبالغ مالية توقع على المتعاقد المخالف .

٢- الجزاءات الضاغطة: " *les sanctions coercitives* وتستهدف إجبار المتعاقد المخالف على الوفاء بالتزاماته.

٣-الجزاءات الفاسخة للعقد : *les resiliaton du contrat lou decheance* وذلك بإنهاء الرابطة التعاقدية .

٤- الجزاءات الجنائية: *les sanctions penale* وذلك إذا كان تصرف المتعاقد مع الإدارة يشكل جريمة جنائية .

ولقد أجملت محكمة القضاء الإداري المبادئ العامة المتعلقة بإخلال المتعاقد بالتزامه في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ حيث تقول : " أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب، وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد واتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد- يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال شديدة ، وتنطوي في الواقع على معنى العقوبة ، ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن

---

(٣٤٣) أستاذنا العميد الطماوى في العقود ص ٤٥٠ وما بعدها.

تعهد بتنفيذه إلي شخص أخر ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقد مع الإدارة فيتحمل نتائجه المالية وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في الفسخ أي إلغاء العقد بدون الالتجاء إلي القضاء وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيرا جسيما.

وتخضع الجزاءات لخصائص مشتركة على النحو التالي :-

(١)حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها : تتمتع الإدارة في هذا المجال بحرية التصرف *les previlege prealable* التي لا مقابل لها في القانون الخاص. فتستطيع توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة إلي الالتجاء إلي القضاء ، وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإداري بحكمها الصادر في ١٧ مارس ١٩٥٧[٣٤٤].

"ومن حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ،ولا بد من صدور قرار إداري " .

واستثناءً من هذه القاعدة العامة فإن مجلس الدولة الفرنسي يجعل توقيع عقوبة إسقاط الالتزام بالذات من اختصاص القضاء ،والأمر على خلاف ذلك في مصر فقد حكمت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧:

" ...ولها "الإدارة" أن توقع عليه "الملتزم" الجزاءات... وإذا كان سحب الالتزام - بعد أخذ رأى مجلس النقل الاستشاري وموافقة مجلس الوزراء طبقاً لما تقضى به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ في شأن النقل العام للركاب .يعتبر جزاءً شديداً يترتب عليه نتائج خطيرة والتجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو تكرار الإهمال الفاحش أو عجز الملتزم عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة [٣٤٥].

كما أقرت المحكمة الإدارية العليا حق الإدارة في سحب التزام بإدارة سوق في حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيما بالقول:

"ومن حيث أن الإدارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعى ومصادرة التأمين النهائي بالتطبيق لأحكام المادتين ٢٩ ، ٣٠ من شروط الالتزام إنما كان ذلك بسبب

---

[٣٤٤] القضية رقم ١٧٣٨ لسنة ١٠ م مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٢٧١

[٣٤٥] مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٢٣٩ .

إخلال المدعى بشروط العقد وهو جزاء من قبيل الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته" الحكم الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٧٢ س ١٧ ص ٥٧٦).

وجاء في فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقم ٥٩ في فبراير ١٩٥٨ " مجموعة الأستاذ المستشار أبو شادي ص ٦٤ " حيث تقول :" إن إسقاط الامتياز ما هو إلا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها الملتزم في إدارته للمرفق. بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان لاستمراره في إدارة المرفق وتسييره، *وفي هذه الحالة لا تقوم السلطة مانحة الالتزام بتعويض الملتزم نتيجة إسقاط التزامه* "[٣٤٦].

على أنه إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها فلها أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من القضاء توقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن الدولة جانب المسئولية على أن مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن الحكم بجزاءات بناء على طلب جهة الإدارة المتعاقدة في حالة ما إذا كان العقد يحتفظ لجهة إدارية أخرى بحق توقيع الجزاءات عن المخالفات التي يرتكبها المتعاقد، وبناء على هذا الأساس رفض أن يجيب المجلس البلدي إلي طلبه بفسخ عقد الامتياز لأن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق المحافظ (*Prelet*)[٣٤٧].

(٢)حق توقيع الجزاء للإدارة ولو لم ينص عليه في العقد :المسلم في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء قائمه حتى ولو لم يرد النص عليها فلا يعنى ذلك تقييد حرية الإدارة بما نص عليه في العقد، بل إنها تستطيع تحت

---

[٣٤٦] وبهذا المعنى ترد فيه المحكمة الإدارية العليا على من يتخوفون من سلطة الإدارة في هذا الصدد بأن هذا الحق يطلق الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بان استعمال الإدارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإدارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف(حكمها في ١٣ مايو ١٩٦٢ ص ١٠١٢) .

[٣٤٧] الحكم الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٥٢ في قضية **Derlanqua** المجموعة ص ٥٤١ .

رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنـــواع الجزاءات المقررة [٣٤٨] ،وفـــي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بالقول:-

" ومن ثم فليس الذي يعتد به ما يقول به المدعى في مذكرتـــه مـــن أن شـروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادره التأمين لأنه ما دام الغرض مـن التأمين هو ضمان التنفيذ فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للـوزارة حـق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص عليه أو لم ينص فـي الشـروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع العطاء" .

ويلخص أستاذنا العميد الدكتور الطماوى هذه القاعدة في المبادئ الآتية :

أ) أن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الإدارة من الحق في توقيعها . ب) أن النـص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها . جـ) أن وضع جـــزاءات لبعـض المخالفات لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات عن المخالفات الأخرى . د) أنه إذا تحـدد في العقد خطأ معين ووضع له جزاءات معينه فيجب أن تتقيد الإدارة به ،ولا يجــوز كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره[٣٤٩].

والملاحظ أن القضاء لم يُعمِل الحكم الأخير على إطلاقه إلا بالنسبة للجــزاءات المالية- أما فيما عداها من الجزاءات فإن مجلس الدولة الفرنســي يسـتهدف بـهذه القاعدة "**توجيهاً عاماً**" بدليل أنه قد خرج في بعض الأحكام على الجـــزاء المتفـق عليه بالنسبة إلي مخالفات معينه إما بالتخفيف إذا ما قدر أن العقوبة المتفـق عليـها مغالى فيها كوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة الفسخ المنصوص عليـــها فـي العقد [٣٥٠]وإما بالتشديد إذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصـوص عليها في العقد كالاستعاضة عنها بالفسخ[٣٥١] ، ولقد أتيح للمحكمة الإدارية العليـا أن تبلور هذه المبادئ في حكمها الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٦٥ س١١ ص ٥٢ بقولها:

---

(٣٤٨) الحكم الرئيسى الصادر في قضية *Deplanque* في ١٣ مايو ١٩٠٧ المجموعة ص ٥١٤ وفي مجموعة سـيرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث مع تقرير روميو وتعليق هوريو وانظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٧ نوفمـبر ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ق).

(٣٤٩) حكم المجلس الصادر في ٤ ابريل ١٩١٤ في قضية *Derart de vendee* المجموعة ص ٤٨٩

(٣٥٠) حكم المجلس الصادر في ٨ يوليو ١٩٢٥ في قضية *Guillet Finlly* المجموعة ص ٦٦١ .

(٣٥١) حكمة في ٢ يوليو ١٩٢٤ في قضية *Giran* المجموعة ٦٢٨ .

" وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين".

وقد أصدرت بذات المعنى حكمها في ١٠ ديسمبر ١٩٦٦ س ١٢ ص ٢٦٠ - و في ٨ أبريل ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢).

(٣)إعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة : يفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة - كقاعدة عامة- أن تنذر المتعاقد المخالف قبل توقيع الجزاء ويستفاد من بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي تعميم هذا الالتزام على بعض الجزاءات مثل غرامات التأخير والفسخ، وفي حالة وضع المشروع تحت الحراسة [٣٥٢] ، وقد أصدزت محكمة القضاء الإداري حكما في ٢١ يونيو ١٩٥٣ (س ٧ ص ١٦٤٣) يجعل من هذا الالتزام قاعدة عامة و استند فيها إلي نصوص القانون المدني حيث تقول:

" والأصل أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدني الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدني الجديد إذ أن المسئولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها إعذار المدين ،كما يجب أن يتم هذا الإعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا بالتنفيذ ".

ويضع مجلس الدولة الفرنسي على القاعدة السابقة الاستثناءات التالية : أ) تُعفي الإدارة من الإعذار إذا ما تضمن العقد أو دفاتر الشروط شرطا بهذا المعنى ،ب) تعفي الإدارة من الإعذار إذا كانت الظروف تضفي الضرورة الملحة على التنفيذ كتسليم المشتروات المتعلقة بالمجهود الحربي ، فحلول موعد التسليم يعتبر بذاته إعذارا للمتعاقد بالوفاء ، ج)أن الإعذار ليس له شكل محدد فلا يلزم أن يتضمن تفاصيل بالتزام المتعاقد بالوفاء.

(٤)خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء: وهذه الرقابة تمثل ضمانه فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون وهي من قبيل القضاء الكامل

---

(٣٥٢) راجع مؤلف جيز في العقود الجزء الثالث ص ٨٩٥ حكم الصادر في ١١ يوليو ١٩٤١ في قضية ***fernuiller*** المجموعة ص ١٢٤ أستاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٤٥٨.

تتناول مشروعية القرار الإداري- من حيث الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف والانحراف وتمتد رقابة القضاء إلي البواعث التي حدت بالإدارة إلي توقيع الجزاء كما نتناول أسبابه ،فيقدر القاضي ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة، وما إذا كان الجزاء الذي أوقعته الإدارة يتناسب مع الخطأ المنسوب للمتعاقد .

وفيما يتعلق بالجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو بالإعفاء منها ،أو بتخفيضها على حسب الأحوال - أما وسائل الضغط ،والإكراه التي تلجأ الإدارة إليها فإن القاضي يستطيع الحكم بالتعويض عنها، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات (٣٥٣) .

هذا وبعد إلقاء الضوء على الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية نتعرض بالدراسة لأنواع الجزاءات بالقدر الذي يخص عقد الامتياز وهي:الجزاءات المالية ، الجزاءات الضاغطة ، الجزاءات الفاسخة للعقد، الجزاءات الجنائية .

<u>أولاً : " الجزاءات المالية " :</u> يقصد بالجزاءات المالية المبالغ التي يحق للإدارة المطالبة بها إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وهي: التعويضات (*les dommages interets*) و الغرامات (*les penalites*) ومصادرة التأمين.

<u>١- التعويضات</u> *Les dommages interets0* :التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية في القانون الإداري ، وهو قريب من النظام المعمول به في القانون المدني فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر حيث يحكم القاضي بالتعويض في حالة ثبوت الضرر وبقدر جسامته مع مراعاة الأخطاء التبادلية للطرفين وفيما يتعلق بكيفية تقدير وتحصيل التعويض، فإن الإدارة تنفرد بتحديد التعويض المستحق مع إعطاء المتعاقد حق المنازعة أمام القضاء في استحقاق التعويض وقيمته نظراً لما تتمتع به الإدارة في فرنسا من امتياز التنفيذ المباشر ولذلك يملك القاضي الحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغا فيه أو إعفاء المتعاقد منه إذا قام التعويض على أساس غير سليم من حيث القانون أو الواقع(٣٥٤).

---

(٣٥٣) يراجع في ذلك مؤلف أستاذنا العميد الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٤٥٠ وما بعدها .

(٣٥٤) يراجع أ.د.عصمت عبد الله الشيخ مبادئ ونظريات القانون الإداري ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص ٦٥ ، ٦٦، وانظر أ.د.هارون الجمل ص ١٠٧ مرجع سابق.

ولا يوجد في مصر نص قانوني أو لائحي يمنح الإدارة سلطة تحصيل التعويضات المستحقة لها بأسلوب أوامر الدفع، وبذلك تلجأ إلي القضاء للحصول على حكم بالتعويض ، ويحق لها إجراء التحديد الانفرادي للتعويض في حالة وجود نص عقدي يخول هذا الحق حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بجلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٦٥ : " بأنه لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلي القضاء للحصول على حكم بالتعويض عن كل خسارة تلحق بها ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم "مقاصة" دون حاجة إلي اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية عن أية مبالغ مستحقة أو يستحق للمتعاقد مهما كان سبب الاستحقاق سواء لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخري " وهذه المبادئ تنطبق على عقد الامتياز في حالة النص عليها في العقد أو وثائقه".

هذا وقد نص القانون الجديد بتنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادة ٢٦ منه والمادتين ٨٤ ، ٩٤ من لائحته التنفيذية على أنه في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد ، يكون من حق الجهة الإدارية أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقه لدى أية جهة إدارية أخرى . أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلي اتخاذ أية إجراءات قضائية ،وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري .

أما التعويض في عقد امتياز الـ *B.O.T.* فقد تعرضت المادة(٢) من العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق والأحكام المتعلقة بحق الملتزم في الحصول على تعويض عن الآثار التي لحقته وتسبب عنها زيادة التكاليف نتيجة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان العقد ، وحق الملتزم في الحصول على التعويض ، أو مد فترة الالتزام بما يساوى المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها.

وقد تناولت المادة (١١) من هذا العقد اتفاق الطرفين على الالتزام بأحكام القوانين الواجبة التطبيق في تحديد شروط ومدى إمكانية حصول كل طرف على تعويض من الطرف الآخر نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته- كما تضمنت أحكام هذه المادة التدابير اللازم اتخاذها لتخفيف الخسائر في حالة القوة القاهرة ومسئولية

المالك (الهيئة) عن دفع تكاليف عمليات الإصلاح مع ضرورة مبادرة الملتزم بالإخطار فور بدء حدوث القوة القاهرة ،،، وتضمنت المادة (١٢) من العقد الأحكام المتعلقة بالحق في إنهاء العقد نتيجة القوة القاهرة(٣٥٥).

٢-° <u>*الغرامات* les penalites</u>: تُعرف الغرامات بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما بناء على نص في العقد يقضى بتوقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتصل بالتأخير في التنفيذ حسب المواعيد المحددة بالعقد، و لا يكاد يخلو منها عقد إداري، وتحدد الغرامة عادة بنسب تصاعدية عن كل يوم ،أو كل أسبوع ،أو كل

---

(٣٥٥) المادة (٢)القانون الواجب التطبيق :-

(أ) في حالة حدوث تعديلات في القوانين و اللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد يتسبب عنها زيادة في التكاليف .. .. فعلى الملتزم إخطار المالك بذلك خلال عشرة أيام على أن يتضمن الاخطار كافة التفاصيل المتعلقة بالتعديل الذي تم وآثاره على الملتزم و الإجراءات المقترحة , وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف ،أو مد فترة الالتزام بما يساوى المدة التي تسببت القوانين و اللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين .

المادة (١١)التعويض عن الأضرار :-

(أ)يتفق الطرفان على الالتزام بأحكام القوانين والواجبة التطبيق في تحديد شروط ومدى إمكان حصول طرف على تعويض من الطرف الذي يخل بتنفيذ التزاماته على الاتفاق .

(ب) مع مراعاة أحكام العقد الأخري _لا يجوز اقتضاء تعويض إلا عن نوع وبمقدار الخسارة الذي توقعة الطرف المخل بالتنفيذ أو الذي كان يمكن توقعة عند التعاقد، أو عند الإخلال بالتنفيذ ونتيجة له

(ج)على الطرف الذي يتكبد الخسائر نتيجة لإخلال الطرف الاخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمه لتخفيف تلك الخسائر .. فإذا لم يتخذ هذه التدابير ،سقط الإلزام بدفع تعويض عن أى خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة ، وإذا اتخذ هذه التدابير حق له أن يحصل على تعويض كامل عن جميع خسائرة بما في ذلك التكاليف المعقوله التي يكون قد تكبدها لدى اتخاذ تلك التدابير ،حتى لو لم تنجح التدابير في تخفيف الخسارة .

(د) إذا لحق ضرر بالمطار أو بأى جزء منه بسبب القوة القاهرة يكون المالك مسئولا عن دفع جميع تكاليف عمليات الاصلاح أو إعادة البناء أو الإستبدال بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلي الحاله التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

(هـ) على الملتزم أن يخطر المالك فور بدء حدوث القوة القاهرة ،أو توقعها بكافة التفاصيل المتاحه عن الحادث وآثاره وعليه بالقدر الذي يكون ذلك ممكنا إتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتدارك ومعالجة آثار القوة القاهرة والتخفيف منها ،وإلا سقط حق الملتزم في المطالبه بالتعويض عن أى خسائر كان يمكن تداركها أو التخفيف منها باتخاذ تلك الاحتياطات والتدابير.

المادة(١٢) الإنهاء بسبب القوة القاهرة :للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة ،وعليه أن يعوض المستثمر عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء وكذلك جميع المطالبات التي قد توجد للمستثمر من أى أطراف يكون قد لحقها ضرر من ذلك وعلى المستثمر أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير

شهر بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة نسبة معينه كحد أقصى على أساس من قيمة ختامي العملية أو قيمة الأعمال المتأخرة حسب الأحوال وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر وذلك دون حاجة إلي أي تنبيه أو إنذار أو استصدار حكم قضائي فالضرر في هذه الحالة يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس [٣٥٦].

وتملك الإدارة توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لإثبات الضرر بمجرد تحقق المخالفة التي تقررت الغرامة لمواجهتها ويرتب القضاء على المصدر التعاقدي للغرامات النتائج الآتية[٣٥٧] :

أ) أن الأرقام المحددة في العقد أو "اللوائح" لهذه الغرامات تُلزم الإدارة فلا تستطيع أن تطالب بأكثر منها ولا تملك أن تجمع بينها وبين التعويض.

ب) أن المتعاقد يلتزم بتلك الإرقام، فليس له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها أو الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بها من جراء المخالفة.

جـ) إذا لم يكن للإدارة الجمع بين الغرامة والتعويض فإنها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التي تستهدف الضغط على المتعاقد أو الفسخ .

د) من حق الإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها أو تتنازل عنها بشرط الكشف عن إرادتها صراحة.

وقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٩٣ بأن غرامة التأخير تختلف عن التعويض الاتفاقى في العقود المدنية بقولها :" أن غرامة التأخير تتميز عن التعويض الاتفاقى في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير إلا أنه يجوز للطرف الآخر أن يثبت انتفاء ركن الخطأ - ومتى انتفي أحد أركان المسئولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه" [٣٥٨].

---

[٣٥٦] حكم المجلس الصادر في ٥ مايو ١٩٢٠ *Hayem* المجموعة ص ٤٤٣ .

[٣٥٧] أ.د.العميد الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٦٦ ، ٤٦٧ .

[٣٥٨] المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٨٨٩ لسنة ٣٢ جلسة ٢٠ ابريل ١٩٩٣ .

وقد نظمت اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادتين ٨٣ ، ٩٤ غرامات التأخير وحددت نسبها بحيث لا تجاوز في مجموعها ١٠% من قيمة ختامي العملية أو من قيمة الأعمال المتأخرة في عقود المقاولات الأعمال وعن ٣% من قيمة الأصناف المطلوبة كلها أو بعضها في عقود التوريد.

وفي تحديد الأساس الذي وفقا له تحسب غرامة التأخير في مقاولات الأعمال ، أرست المحكمة الإدارية العليا المبدأ الآتي :

" للجهة المتعاقدة سلطة تحديد مبدأ حساب غرامة التأخير عن تأخير المقاول في تسليم العمل في الموعد المحدد ، وتحديد الأعمال التي تحسب على أساسها غرامة التأخير إن كانت الأعمال التي تراخى المقاول في تنفيذها تحول دون الاستفادة بالمشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل، وتحسب الغرامة على أساس قيمة ختامي العملية ، وإذا رأت جهة الإدارة أن الأعمال المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذي يحول دون استفادتها بالمشروع. رغم تراخى المقاول في تنفيذها يكون حساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة ، وأن تحديد مدى أهمية الأعمال المتأخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة بغير معقب عليها ما دامت تستهدف وجه الصالح العام . [٣٥٩]

ولقد قننت اللائحة التنفيذية للقانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هذا المبدأ في المادة ٨٣ بأنه وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط ، وللإدارة الحق في أن توقع الغرامات المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدات حتى ولم لم ينص عليها في العقد صراحة ، وذلك على أساس أنه ما دام لم يستبعد الأطراف تطبيقها صراحة في العقد فإنها تندمج فيه وتأخذ حكم الشروط - وتقول المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد:

" أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها. انما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفروض . فإن أقبلوا حال (قيامها) على التعاقد مع الإدارة . فالمفروض

---

[٣٥٩] المحكمة الإداريه العليا طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ جلسة ٨ مارس ١٩٨٦ .

أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصير جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ، ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالصالح العام".

وللإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على تحديد مقدار الغرامة بنسب أعلى من تلك المنصوص عليها في القوانين واللوائح- وفي ذلك تقول المحكمة العليا :

" إذا تضمنت الشروط الخاصة " للمزايدة " تحديدا لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، في حالة إخلاله بالتزاماتها قبلها . فإن مقدار الغرامة حسبما نصت عليها هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحي وذلك لأنه خاص ، ومن المبادئ المسلمة بها أن الخاص يقيد العام، ولأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة" [٣٦٠].

وقضت المحكمة الإدارية العليا أنه " إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا ووضعا له جزاء بعينه ،فإنه يجب على الإدارة أن تتقيد به " حكمها في ١٣ نوفمبر ١٩٧١ س ١٧ ص ٩ "وأنه ليس للإدارة أن تضيف إلي الجزاءات المنصوص عليها لمواجهة خطأ معين جزاءات أخرى(حكمها في ٣ يناير ١٩٧٠ س ١٥ ص٩١.)

وفي مجال الإعفاء من غرامة التأخير [٣٦١]- استقر الفقه والقضاء والتشريع في مصر على وجود حالات يعفي فيها المتعاقد مع الإدارة من كل مسئولية عن التأخير في تنفيذ التزامه ، ويكون الإعفاء من الغرامة وجوبيا . بمعنى أن الإدارة لا توقع الغرامة ابتداء إذا توافر سبب الإعفاء القانوني- هذا وبالمقابل هناك حالات أخرى يكون إعفاء المتعاقد فيها تقديري وجوازي لجهة الإدارية كما يلي :

* *الإعفاء الوجوبي من الغرامة* [٣٦٢]: تنحصر حالات الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير في حالتين هما :

---

[٣٦٠] المحكمة الإدارية العليا في ١١ ديسمبر ١٩٦٥ – ١٢٧/١٥/١١.

[٣٦١] د . عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٣٦ وما بعدها .

[٣٦٢] انظر حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة الأحكام السنة العاشرة ص ١٤٠ ويراجع فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٨٧ في ٣١ مايو ١٩٥٩ مجموعة الأستاذ أبو شادى ص ٧٥٣ وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٩/٥/٣٠ طعن رقم ٢٥٥١ لسنة ٣١ ق حيث قضت بأن " لا يعفي المتعاقدان من الغرامة إلا إذا ثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلي قوة قاهره أو إلي خطأ جهة الإدارة المتعاقد معها.

١)إذا كانت جهة الإدارة هي وحدها التي سببت التأخير في كل مرة مثال ذلك تكليف المتعاقد مع الإدارة بأعمال جديدة ، وكان الأمر بها قد صدر في وقت لا يسمح بتنفيذ الأعمال في باقي المدة المتفق عليها في العقد ، وكذلك الأمر الصادر من الجهة الإدارية بإيقاف الأعمال لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد.

٢) إذا كان المتعاقد ضحية لقوه قاهرة: فتنقضي المسئولية العقدية عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وبالتالي لا يتحمل الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

وقد نصت المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ صراحة على أن : " يعفي المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجه عن إرادته" ، ذلك أن مسئولية المتعاقد لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي ".

* <u>*الإعفاء التقديري(أو الجوازى) من الغرامة :*</u> في الحالات التي يكون فيها تأخير المتعاقد مع الإدارة راجعا إلي تقصير منه، ولم يتوافر السبب الأجنبي الذي يعفيه وجوبيا من الغرامة ،فإن الجهة الإدارية المتعاقدة لديها السلطة التقديرية في إعفائه من غرامات التأخير. ذلك إذا قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف .

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه:- "ومن المسلم به أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها أن تقدر ظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها. بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا وقياسا على هذا النظر <u>فإن الإدارة إذا أقرت صراحة أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في المواعيد كان غير لازم فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير</u>[٢٦٣].

وقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٤ مايو ١٩٩٣: "من المسلم به أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها

---

(٢٦٣) للسلطة المختصة بعد أخذ رأى ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر ، وحكمها الصادر في ٢١ مارس ١٩٧٠-س ١٥ ص ٢٢٢

القوامة على حسن سير المرافق العامة ،والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد ،ومن ثم فلها أن تقدر الظروف الذي تم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها كلها ،أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا ،كما قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير، أو غير ذلك من الظروف وبالتالي فإن الإدارة إذا أقرت صراحة، أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير " .

وقد صدر هذا الحكم في قضية تتخلص وقائعها في أن مؤسسة مصر للطيران تعاقدت مع مقاول على توريد وتركيب وحدة توليد كهرباء لمستشفي مصر للطيران، وحدد في أمر التوريد أربعة أشهر من تاريخ استلام أمر التشغيل ،وأربعة أشهر من تاريخ تسليم مواقع العملية للتركيب ،وبرغم أن التوريد لم يتم في الميعاد إلا أن الإدارة لم تقم بتسليم الموقع خاليا من الموانع إلا بعد اكثر من خمسة أشهر من إتمام التوريد ،وقام المورد بالتركيب في الموعد المحدد له ،وهو أربعة أشهر من تاريخ استلام الموقع خالٍ من العوائق ،وعندما خصمت منه الإدارة المالية غرامة تأخير تظلم من قرار خصم الغرامة وشكلت لجنة لدراسة الموضوع ،وانتهت إلى أن المقاول لم يتأخر في التوريد والتركيب كمدة كليه وأن مصر للطيران لم يلحقها ضرر من جراء استطالته مدة التنفيذ فقضت المحكمة بحكمها المشار إليه بإلزام المؤسسة برد ما تم خصمه من مستحقاته كغرامات تأخير [٣٦٤] .

وفي فتوى حديثة أكدت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة: عدم أحقية الهيئة العامة لمرفق الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى في فرض غرامه تأخير على شركة المقاولون العرب بسبب عملية تصميم ،وتنفيذ مشروع تجفيف أحواض الحماة بالجبل الأصفر وذلك أن المشروع أوجب على المقاول الالتزام بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في الميعاد المتفق علية بالعقد وأن لجهة الإدارة فرض غرامات تأخير لما يصيبها من إخلال المقاول بحسن سير العمل وكان الميعاد المقرر لإنهاء العملية محل نزاع قد تم تعديله اكثر من

[٣٦٤] الطعن رقم ٣٣٤٨ لسنة ٣٤ م جلسة ١٩٩٣/٥/٤ انظر د.عادل خليل – في العقود الإدارية ص ٣٧ ، ٣٨

مرة بمعرفة جهة الإدارة لأسباب خارجة عن إرادة الشركة وهذا ما أقرت به الهيئة، كما ثبت في الأوراق أن المشروع متوقف على توصيل التيار الكهربائي الذي أفادت الهيئة أنه من اختصاصها ،بالاشتراك مع كهرباء القاهرة ،ولأن توصيل الكهرباء يعد بمثابة العامل الأساسي لإنهاء الأعمال المسندة للشركة في المواعيد المتفق عليها،ومن ثم تأجلت أعمال التشطيبات الأخرى فضلا ، على أن جهة الإدارة قد تأخرت في تدبير النفقات المالية اللازمة للمشروع على النحو الذي أقرت به الهيئة ذاتها ، إضافة إلي أن هناك أعمال إضافية تم تكليف الشركة بتنفيذها ، ولم تكن واردة بعقد الإسناد.

والخلاصة المستفادة من أحكام الإدارية العليا وفتيا الجمعية العمومية أن القضاء يسمح بالتوسع في السلطة التقديرية للإدارة بغرض إعفاء المتعاقدين من الغرامات كليا أو جزئيا حسب ظروف التنفيذ -إذا ما قدر القاضي أن لذلك محلا وان المصلحة العامة لم تتأثر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف وفقا لسلطة الإدارة التقديرية باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد.

وهذه الأحكام تنطبق بطبيعة الحال على عقد الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* باعتبارها من الأصول والمبادئ العامة الواجبة الإتباع في هذا الصدد ، وقد تضمنت عقود امتياز الـ *B.O.T.* أحكاماً في شأن غرامات الأخير وهي ذات طبيعة اتفاقية وتلقائية في توقيعها كما تخضع للقواعد العامة في شأن غرامات التأخير في المادة ٩ من العقد وبالملحق رقم ٣٠.[٣٦٥]

---

[٣٦٥] انظر المادة (٩) من العقد والملحق (٣٠) الوقائع المصرية المرجع الذسابق ص ٨١،١٥

المادة (٩) التأخير في التنفيذ

(أ)إذا لم ينجز الملتزم إلتزاماته في التواريخ المحددة لإنجازها وفقاً لجداول التنفيذ بالملاحق (١٩،١٨) يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامة تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز ويتم حساب الغرامة وفقاً لما تم تحديده بالملحق (٣٠).

(ب)مع عدم الإخلال بأى حق في إقتضاء المبلغ المشار إليه في (أ) من هذا البند يتعين على الملتزم الإستمرار في إنجاز التزاماته.

(ج)لا يجوز أن يتجاوز مبلغ غرامة التأخير المستحق الدفع بمقتضي الفقرة (أ) من هذا البند حد أقصي قدره ٥% من قيمة الأعمال التي لم يتم إنجازها في مواعيدها المحددة.

(د)لا ينطبق الحد إلاقصى المحدد في الفقرة (ج) من هذا البند على حالات الإخلال بالتنفيذ بقصد أحداث خسائر أو على حالات الإخلال بالتنفيذ الناشئ عن عمد رغم العلم بأن يرجح أن تترتب عليه خسائر. =

٣-مصادرة التأمين النهائي وهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد يودع من الراسي عليه العطاء في أحد البنوك المعتمدة لصالح الجهة الإدارية المتعاقدة كضمان للتنفيذ وعلى الإدارة أن تقوم برده أو ما تبقى منه للمتعاقد إذا تم التنفيذ وفق شروط العقد المتفق عليها وبغير طلب من المتعاقد.

أما التأمين المؤقت (أو الابتدائي) : فهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينه من القيمة التقديرية للعقد يقدم من مقدم العطاء لصالح الجهة الإدارية لاثبات جديته في التعاقد معها ويرد إليه بغير طلب منه إذا لم يرسو عليه العطاء ويفقد التأمين إذا عدل عن عطائه قبل جلسة فتح المظاريف .

ويعتبر التأمين النهائي بمثابة ضمان لجهة الإدارة يؤمنها في مواجهة الأخطاء التي تصدر من المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد بما يضمن مصلحة المرفق العام وانتظام سيره بحيث يمكن للإدارة تحصيل غرامات التأخير والتعويضات والمبالغ المستحقة على المتعاقد فلا يتصور قيام الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين أي اقتضاء قيمه التأمين بطرق التنفيذ المباشر دون ما حاجة إلي الالتجاء إلي القضاء في حالة عدم التنفيذ فالسلطة الاستثنائية التي تملكها الإدارة تخولها حق

=الملحق (٣٠) قواعد حساب غرامات التأخير – التأخير في تنفيذ إنشاء المطار (المرحلة الأولى) إذا تأخر المستثمر في تنفيذ التزاماته في التواريخ المحددة وفقاً لجدول التنفيذ والتي يتم تحديدها بالملاحق (٥،٦،١٨،١٩) للمالك أن يحصل على غرامة تأخير كالاتي: ٠,٥% عن الشهر الأول أو جزء منه ، ١% عن الشهر الثاني أو جزء منه ، ١,٥% من الشهر الثالث أو جزء منه ،وتزاد الغرامة بواقع ٠,٥% عن كل شهر لاحق.

بحيث لا تتجاوز قيمة الغرامة الموقعة عن ٥% من قيمة الأعمال التي لم يتم إنجازها في مواعيدها المحددة.

ويجب لتوقيع الغرامة إلا يكون هناك أى تأخير من قبل المالك في اعتماد التصميمات والرسومات ويقوم المستثمر بإضافة هذه المدة للعقد بناء على إخطار كتابي منه للمالك.

لا تطبق الغرامة في حالة أى ظروف قهرية تؤدى إلي توقف العمل، والمقصود بالظروف القهرية هي الظروف المحددة في تعريف القوة القاهرة طبقاً للملحق الخاص بالمصطلحات والتعريفات.

إذا كانت العملية مجزأة تطبق الغرامة على كل جزء على حدة حسب قيمته الختامية وتخفض غرامة التأخير بنسبة قيمة الجزء الذي تم استلامه إلي قيمة الأعمال بالكامل.

لا تسري الغرامة في حالة توقف الأعمال بناء على طلب المالك- لأى سبب من الاسباب.

كافة المطبوعات الفنية وكتيبات الصيانه أو الاصلاح أو كلاهما يجب أن تكون محدثة متضمنة أحدث تعديل مندمجة معها وتكون مكتملة كما هو وارد في قائمة مراجعة خاصة.

فرض جزاء التعويض أو الغرامة المنصوص عليها في العقد الإداري دون تدخل من القاضي.[٣٦٦]

وطبقا لقانون المناقصات والمزايدات رقم٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة١٩٩٨ تقضي المادة ٢٦ من القانون والمادتين ٨٤ ، ٩٤ من اللائحة بأنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض، وذلك يؤكد ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا من إجازة الجمع بين الجزاءين لاختلاف الأساس القانوني لكل منهما فمصادرة التأمين لمصلحة الإدارة كجزاء يوقع على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حتى ولم لم يلحق الإدارة أية أضرار من هذا الإخلال أما التعويض فأساس الحصول عليه هو إثبات وقوع ضرر فعلى للإدارة .

وبذلك فإن مصادرة التأمين لا تمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بها بسبب خطأ المتعاقد معها ،ولا يعتبر ذلك جمعا لتعويضين عن فعل واحد لاختلاف الأساس القانوني في الحالتين .[٣٦٧]

وفيما يتعلق بضمانات التنفيذ في عقود امتياز الـ*B.O.T.* فقد تضمنت المادة(٤) من العقد والملحق رقم(٢٨) كيفية إيداع ضمان التنفيذ وأحكامه[٣٦٨].

---

(٣٦٦) د / عصمت الشيخ – مبادئ ونظريات مرجع سابق ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(٣٦٧) د / عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤١ .

(٣٦٨) انظر المادة (٤) والملحق (٢٨) ص ١٢،١٣،٧٩

المادة(٤) ضمان التنفيذ: أ-يجب على الملتزم أن يودع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على هذا العقد وكضمان لتنفيذ التزاماته المنصوص عليها بالبنود (٣/أ،ب،ج)من هذا العقد خطاب ضمان بقيمة تعادل أربعة= ملايين جنيه مصري يكون ساري المفعول حتى اكتمال أعمال الإنشاء وبدء تشغيل المطار في ٢٠٠٢/٧/١ م وبالصيغة والشروط التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢٨)ضمان تنفيذ عقد منح الالتزام:

القاهرة في ١٩٩٧/١٠/١٢

السادة /الهيئة المصرية العامه للطيران المدني   خطاب ضمان نهائي رقم

تحية طيبة وبعد.....

نتشرف بالافادة أننا بموجب خطابنا هذا نضمن لكم السادة /شركة ايماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ش.م.م في حدود مبلغ ٤٠٠٠،٠٠٠ جنيه مصري (أربعة ملايين جنيه مصري)بغرض إنشاء المطار وفقا للبرنامج العام المقدم وطبقا للمكونات الرئيسية المحددة بالملحق رقم (٥) والتخطيط العام المحدد بالملحق رقم (٦) والبرنامج الزمني المحدد بالملحق (٥) ويسرى مفعول هذا الضمان حتى ٢٠٠٢/٧/١. =

ثانياً : " الجزاءات الضاغطة " "Les sanctions coercitive": تعتبر الجزاءات الضاغطة وسيلة تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله - ذلك أن ما يعنى الإدارة في المقام الأول هو ضمان تنفيذ العقد من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد وهي جزاءات مؤقتة " Des sanclions temporaires لا تنهي العقد ولكنها تكل تنفيذه إلي غير المتعاقد الأصلي وعلى مسئولية هذا الأخير - أو كما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٧ مارس ١٩٥٧ (س ١١ ص ٢٧٢) " وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسئولا أمام جهة الإدارة و تتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته "

وتقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٧ يناير ١٩٩١ طعن رقم٢٠٧٤ لسنة ٣٤ م: " أن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تقدير التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه وفقا لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا" ، فالإدارة في تنفيذها للعقد على حساب المتعاقد المقصر تعد في مركز الوكيل عنه ومن ثم تطبق قواعد الوكالة طبقا لنص المادة ٧٠٤ من القانون المدني حيث تلتزم الإدارة بأن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة، وفي حالة تعاقد الإدارة على أعمال معينة تتكون من عدة مراحل متعاقبة يحدد كل منها زمن معين يجوز للإدارة توقيع جزاء سحب العمل أثناء تنفيذ أي مرحله وقبل أن تنتهي المدة المحددة لإتمامها [٣٦٩].

والمسلم في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تملك توقيع تلك العقوبات حتى ولو لم يرد النص عليها في العقد وذلك في حالة إخلال المتعاقد

-ومتى انتهي هذا التاريخ دون أن تصلنا أية متطلبات منكم يسقط تعهدنا هذا تلقائياً دون حاجة إلي إخطار سابق من جانبنا ويعتبر ضماننا هذا ملغي وكأن لم يكن.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

بنك

(٣٦٩) انظر د / عادل خليل - العقود الإدارية ص ٤٢ وما بعدها مرجع سابق.

بالتزاماته إخلالاً جسيماً *FAUTE GRAVE* وتتخذ الجزاءات الضاغطة " أو وسائل الضغط" الصور الرئيسية الثلاث وهي:- [٣٧٠]

١- وضع مشروع عقد الامتياز تحت الحراسة *La mise sais sequestre*

٢- حلول الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة *La mise en regie*

٣- الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد *La marche par defaut*

ويتفق جزاء وضع مرفق الامتياز تحت الحراسة والطبيعة الذاتية لعقد الامتياز إذا ما قصر الملتزم في تسيير المرفق تقصيرا جسيما، أو إذا كان هناك ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم كإضراب لا ذنب له فيه ،ذلك أن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدى إلي فسخ عقد الامتياز، ولا إلي إسقاط حقوق الملتزم وكل ما يترتب عليه هو رفع يده مؤقتا عن إدارة المشروع.

وفي تحديد الطبيعة القانونية لجزاء فرض الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز- اتجه غالبية الفقهاء إلي إدخاله في عداد الشروط اللائحية تأسيساً على أن الإدارة تستطيع ـ بما تملكه من سلطات تنظيمية طبقا للقانون ـ فرض الحراسة ، ولا يمكنها التخلي عن مراقبة المرفق والتدخل في شأنه حالة عجز الملتزم على إدارته. بل إن من واجبها أن تتولى بنفسها مسئولية تسيير المرفق مثال ذلك عدم قيام شركة سكه حديد الدلتا بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجه الذي ترضاه الحكومة[٣٧١] ـ ويستند قرار وضع المرفق تحت الحراسة إلي توافر أحد سببين:-

الأول : وقوع مخالفات جسيمة من جانب الملتزم من شأنها تعريض استمرار وانتظام المرفق للخطر ويتحقق ذلك في حالة التوقف الكلى أو الجزئي للمرفق أو كان ذلك نتيجة عجز الملتزم أو عدم كفاءته أو قدرته .

الثاني : وجود قوة قاهرة واستمرارها يهدد مرفق الامتياز بالتوقف عن العمل تماما نتيجة إضراب العاملين دون أن يكون الملتزم متسببا فيه ففرض الحراسة في هذه الحالة يضحي لازما رغم عدم وجود خطأ من الملتزم.

ومن المسلم في فرنسا أن الإدارة بما لها من امتياز التنفيذ المباشر يمكنها فرض الحراسة على المرفق بقرار عاجل دون حاجة لاستصدار حكم قضائي قد

---

[٣٧٠] أستاذنا الدكتور العميد الطماوى في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٤٧٩ وما بعدها .

[٣٧١] فتوى قسم الرأي مجتمعا رقم ٤٠ في ٤ فباير ١٩٥٣ مجموعة الأستاذ أبو شادى ص ٧٢ .

يستغرق وقتا طويلاً، ويمكن للملتزم المنازعة في مشروعيه القرار والمطالبة بالتعويض عنه أمام قاضى العقد ، الذي يملك إلغاءه إذا خلص إلي عدم مشروعيته.

ولا يشترط لفرض الحراسة توجيه إنذار للملتزم إلا إذا نص عقد الالتزام على ذلك صراحة ويشترط الفقه الفرنسي في هذه الحالة ألا تطول الفترة التالية للإعذار حتى لا يؤثر في السير المنتظم للمرفق (٣٧٢) .

<u>آثار فرض الحراسة:</u> ويترتب على قرار أو قانون فرض الحراسة على المرفق الآثار القانونية التالية : (٣٧٣).

* رفع يد الملتزم المقصر عن المرفق بإبعاده عن ادارتة طوال فتره فرض الحراسة ، حيث تتولى الإدارة مسئولية الاستغلال المؤقت للمرفق إما بنفسها عن طريق من يمثلها، وإما عن طريق مقاول تقوم بتعيينه كحارس على المرفق، وإما بتعيين أحد وكلاء الملتزم ذاته كحارس يكون مسئولا أمامها مباشرة عن إدارة المرفق . ويتولى الحارس استغلال المرفق وكل ما يقوم به من تصرفات قانونية أو أعمال تنصرف آثارها للملتزم الذي يبقى مسئولا عن المرفق .

* يكون من حق الإدارة الاستيلاء مؤقتا على جميع ما يوجد في المرفق من منشآت ومعدات لازمة مملوكة للملتزم لتشغيل المرفق ، وتسأل الإدارة عن أي تلف يحدث لها بسبب أعمال الحارس .

* يكون استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الامتياز ودفتر الشروط الملحق به ،ومن ثم يكون للملتزم حق الرقابة على المرفق أثناء فترة الحراسة ،ويمكنه الالتجاء إلي القضاء لوقف التصرفات المخالفة والضارة بحقوقه في العقد كما لو قامت الإدارة بخفض رسوم الانتفاع أو السماح بإجراءات تزيد من تكاليف الاستغلال .

* تملك الإدارة حق تحصيل رسوم الانتفاع وإيرادات المرفق طوال فتره الحراسة ، وهذه الإيرادات من الأموال العامة فلا يجوز الحجز عليها من دائني الملتزم .

---

(٣٧٢) د/ عادل خليل – العقود الإدارية– مرجع سابق ص ٤٥

(٣٧٣) راجع د / فياض نظرية الجزاءات مرجع سابق ص ٢٠٧ وما بعدها .

* تقع تكاليف تشغيل المرفق أثناء الحراسة على الملتزم إذا كان فرض الحراسة قد تم بسبب وقوع خطأ جسيم منه، أما إذا كان فرض الحراسة بسبب قوة قاهرة لا يد للملتزم فيها فإن الإدارة تتحمل وحدها مصروفات الإدارة والتشغيل.

وتنتهي الحراسة إما بانتهاء المدة التي تحددها الإدارة أو المدة المحددة في عقد الالتزام أو بفسخ العقد سواء من جانب الإدارة أو بحكم قضائي.([٣٧٤])

ثالثاً: "الجزاءات الفاسخة" تعد الجزاءات الفاسخة من أخطر الإجراءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة مضطرة ضد المتعاقد معها حين يقع منه أخطاء جسيمة فلا يكون هناك أمل أو فائدة من استمرار العلاقة العقدية معه.

وفي مصر يتم الفسخ في جميع العقود الإدارية بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة دون حكم قضائي، و يشترط مجلس الدولة الفرنسي في حالة فسخ عقد الامتياز ضرورة الحصول على حكم قضائي بالفسخ ، و يستخدم المجلس في حالة فسخ عقد الامتياز -اصطلاح "إسقاط الالتزام " *la decheance du concessionnaire* " وفي العقود الإدارية الأخرى اصطلاح"الفسخ" *resiliation* " ويحيط مجلس الدولة الفرنسي "الإسقاط" بقيود شديدة وذلك بوجوب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة *une faute tres grave* ولم تجد معه وسائل الضغط والجزاءات الأخرى ، وتقول محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧ :

"وإذا كان سحب الالتزام يعتبر جزاءً شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام ،أو أداء الخدمات المطلوبة " وتؤكد الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في فتياها ذات المعنى ([٣٧٥]).

([٣٧٤]) انظر أ. د. – عمر حلمي أثار العقود الإدارية مرجع سابق ص ١٣٣ .

([٣٧٥]) العميد الطماوى في العقود الإدارية ص ٤٩٥ هذا وقد تضمن قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المواد أرقام ٢١، ٤٠، ٢٧ وفي لائحته التنفيذيه في المواد ٧٥، ٧٧، ٨٤، ٩٤ نصوصا تحدد الحالات التي فيها للادارة حق فسخ العقد بقرار منها دون حكم قضائي –وهذه الحالات على سبيل المثال وليس الحصر فمن المسلم به وفقا للمبادىء العامه في العقود الإداريه أن للادارة حق أصيل في فسخ العقد إذا قدرت بأن مخالفات المتعاقد معها بلغت حدا من الجسامه تستوجب انهاء الرابطة العقدية معه.

رابعاً : " الجـــــــزاءات الجنـــــائية " : يحكم هذا الموضوع "مبدأ عام" يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص ، وبالتالي لا يجوز للإدارة كقاعدة عامه أن توقع على المتعاقدين عقوبات جنائية *Des Sanctaone Penales* مــهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها، ومع التسليم بأن الإدارة تستطيع أن تضمــن عقودها شروطا استثنائية وغير مألوفة، ولكن هذه الشروط لا يمكن أن تصل إلي حــد تخويل الإدارة توقيع عقوبات جنائية حتى ولو قبلها المتعــاقد لأنــها تعتــبر باطلــة لمخالفتها للنظام العام .

وتستطيع الإدارة- في بعض الحالات الاستثنائية- أن توقع عقوبات جنائية علــى المتعاقد المقصر استنادا إلي نصوص القوانين واللوائح التي تملك وحدها إنشاء مثــل هذه الجزاءات ، *وتمارس الإدارة هذه السلطة بمقتضى نص في القــانون لا بصفتــها طرفا في العقد وإنما بوصفها سلطة عامة* ، إذ تستطيع في مصــــر وفـــي فرنســـا أن تصدر لوائح بوليس، وأن تضمن تلك اللوائح عقوبات جنائية في الحدود المعترف بــها ، وإذا خالف المتعاقد أو أي مواطن آخر الالتزامات المقررة بمقتضى تلــك اللوائــح، فإنه يتعرض للعقاب الجنائي ،وليس للإدارة أن تستعمل هذه السلطة استعمالا منحرفــا *Detourne* بقصد إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، فلا تســتطيع أن تُضفي صفة لائحة الشرطة على دفتر من دفاتر الشروط ، أو تستهدف مـــن ورائــها إجبار المتعاقد على التنفيذ...الخ [٣٧٦]. أما إذا استعملت الإدارة ســـلطة الشــرطة استعمالا سليما فإن من حقها أن توقع علــى المتعــاقد الجــزاءات المقــررة ســواء استعملت الإدارة سلطات الشرطي العام أو الشرطي الخاص كشرطه السكة الحديــد أو المطارات أو الغابات ،أو الآثار...الخ[٣٧٧] .

وتنص المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقــم ٨٩ لســنة ١٩٩٨ بأنه " يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحليــة ذات الصلــة

---

[٣٧٦] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٥ يناير ١٩٢٤ *Ste Indeatrielle Dugar* مجموعة سيرى ١٩٢٦ القسم الثاني ص ٣٣ وحكمه في ٢ يونيو ١٩٢٦ *Randan et Rine* المجموعة ص ٦٧٧ في ١٩ مارس ١٩٣٠ في قضية *Ste Taulsaine* المجموعة ص ٣٢١ وحكمه في ٦ ديسمبر ١٩٠٧ *Grandes compagnies*.

[٣٧٧] حكم المجلس في ٢ يونيو ١٩١٧ في قضية " *cie generale des eaur* " ص ٤٩٢ وفي ٤ فبراير ١٩٣١ في قضية " *Cie des omniles de hyon* " المجموعة ص ٩٤٣ وانظر العميد الطماوى ص ٥٠٦.

بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط.

ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الأضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية ،وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للإدارة الحق في تنفيذها على نفقته.

و قد خول المشرع الفرنسي للإدارة تنظيم مرفق الامتياز و توقيع العقوبات على الملتزم إذا لم يحترم التنظيم المقرر ومن ذلك تأميمها [٣٧٨] كما تستطيع الإدارة أن تحدد سرعة السيارات التي يستعملها الملتزم وعدد الركاب في كل عربة -أو أن تُحرِّم الوقوف على سلم العربات ،أو وقوف السيارات في المواقف غير المحددة لها ، إلا أنها لا تستطيع أن تتدخل في التنظيم الداخلي للمرفق الا بمقتضى نص خاص يخولها هذه السلطة صراحة[٣٧٩] .

وتنص المادة ١١٦ مكرر (جـ) من قانون العقوبات المصري على أن : " كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة، أو نقل ، أو توريد ،أو التزام ،أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة ١١٩[٣٨٠]- أو مع إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ،أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب وترتب عليها الأضرار بمركز البلاد الاقتصادي ،أو بمصلحة قومية لها ".

---

[٣٧٨] قانون ١٨٤٢ وسنة ١٨٤٥ في فرنسا .

[٣٧٩] وكل ذلك في مجال إنشاء عقوبات جنائية لا يمس سلطات الإدارة العامة في تنظيم المرفق المدار عن طريق الامتياز .

[٣٨٠] تنص المادة ١١٩ المشار اليها " بقصد بالاموال العامة في تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكا لاحدى الجهات الآتية أو خاضعا لاشرافها أو لإدارتها :

أ - الدولة ووحدات الإدارة المحلية . ب - الهيئات أو المؤسسات العامة و وحدات القطاع العام . ج -الإتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له والنقابات والإتحادات. د - المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام .هـ - الجمعيات التعاونية . و-الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التي تسهم فيها أحدى تلك الجهات و أية جهة أخرى ينص على اعتبار أموالها من الاموال العامة ".

"وكل من استعمل ،أو ورد بضاعة ،أو مواد مغشوشة ،أو فاسدة تنفيذا لأي عقد من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تجاوز ألف جنية أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر على حسب الأحوال المتعاقدون من الباطن والوكلاء ،والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلي فعلهم " .

ويتضح من استعراض هذه المادة أنها تكاد تغطى جميع المخالفات الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقود الإدارية بمعناها الفني بل وغيرها من العقود ذات الأهمية الخاصة ولو في مجال القانون الخاص.

وتقضى المادة ٢٤ من القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يفسخ العقد تلقائيا *إذا ثبت أن* المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد .

وفي جميع الحالات التي يتعرض فيها المتعاقد للعقوبات الجنائية تلجأ الإدارة إلي الطريق المقرر لتوقيع تلك العقوبات فلا توقعها بنفسها إلا إذا كان القانون يسمح لها بذلك فالجزاء الجنائي مستقل عن سلطتها في العقد .

هذا وتخضع شركات امتياز الـ .B.O.T وفقا لنص المادة (٢)من العقد لقوانين جمهورية مصر العربية وبالتالي تنطبق الجزاءات الجنائية عليها طبقا للقوانين والمبادئ العامة المبينة في هذا الفرع حيث تعد الشركات المنشأة بنظام الـ.B.O.T من بين الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون ومن ثم تسري عليهم أحكامه.

الفرع الثالث
" سلطة تعديل عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.* "

إن تعديل عقد امتياز المرفق العام بالإرادة المنفردة سلطة استثنائية تستمدها الجهة المانحة من النظام العام مما يخولها حق تعديل العقد بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها دون الحصول على موافقته ، ففي الوقت الذي ترى فيه الإدارة أن بنود العقد كما تم الاتفاق عليها وقت إبرامه أصبحت تُعرقل سير مرفق الامتياز ، فعليها أن تتدخل بتعديل تلك البنود لضمان حسن سير العمل به وليس من شأن ذلك إهدار للقوة الملزمة للعقد بل إن من واجبات الإدارة النهوض بمسئولياتها في تحقيق مقتضيات النفع العام ، وأيضاً بما تفرضه مقومات التطور العلمي والتقدم التكنولوجي نحو ارتفاع مستوى الأداء ، وصولا إلى تحقيق خدمة أفضل للمنتفعين بمرفق الامتياز.

وقد اعترف المشرع المصري برأي غالبية الفقهاء بأن للإدارة المتعاقدة سلطة أصيلة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة إذ نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق بأنه: " لمانح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام ، أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل" .

وندرس في هذا المطلب سلطة تعديل عقد الامتياز على نحو ما يلي :

أولاً :" حق التعديل أساسه ومداه "

ثانياً:" سلطة التعديل في عقد الامتياز "

ثالثاً :" سلطة التعديل في عقد امتياز الـ *B.O.T.* "

أولاً:"حق التعديل أساسه ومداه"

استقرت أحكام مجلس الدولة المصري على تأكيد سلطة الإدارة في التعديل المنفرد لعقد الامتياز دون الاستناد إلي نص قانوني أو عقدي وذلك لارتباط عقد الامتياز بفكرة المرفق العام وضرورة العمل على انتظام سيره ، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة ... تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة ، حق تعديل عقد الامتياز أثناء تنفيذه ، " والإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقا ،وهى لا تُستمد سلطتها من مضمون العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة الذي يحكم كفالة سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ولا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة"[٣٨١] ..

حدود حق التعديل ومداه : [٣٨٢]المسلم أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية ،ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام ، وقد أحسن القضاء الإداري المصري في إبراز العلاقة الوثيقة ،والتلازم بين هذه السلطة الخطيرة ، وبين مقتضيات سير المرافق العامة ،وإرجاعها إلي فكرة المرفق العام وما يسمح به هذا المقتضى من تحديد ظروف استعمال تلك السلطة ،وتعيين الشروط الواجب توافرها لشرعية ممارستها، وعلى ضوء هذا الأساس يمكن تحديد تلك الشروط على النحو التالي :

*أن تستند سلطة التعديل إلي مقتضيات سير المرافق العامة وأهمها الحاجة إلي التغيير والتعديل بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه ، وبعد أن استجدت ظروف تبرر هذا التعديل *Changement de circonstance*،وفي هذا المقام لا يمكن إغفال حقيقة هامة أن الملتزم يسعى دائما إلي الربح ومبتغاه ألا ينال التعديل في جميع الأحوال من المزايا التي عول عليها لدى إبرامه عقد الامتياز وبهذا النظر قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠يونيو ١٩٥٧ "بأن سلطة التعديل ليست مطلقه من كل قيد وأن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها".

---

[٣٨١]الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق . جلسة ١٥/١١/ ١٩٩٢.

[٣٨٢]انظر العميد الطماوى في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٤٢١ وما بعدها

•أن يتم تعديل شروط عقد الامتياز من السلطة المختصة وفقا للإجراءات الشكلية بما يتفق وقواعد المشروعية وللملتزم أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم علـى خـلاف القواعد المقررة قانوناً.

•أن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد ،وإنما تقتصر على تلك المتعلقـة بتسيير المرفق العام *clauses qui intressent le fanctioment de service* ومـن ثم لا تملك الإدارة تعديل شروط العقد المنبتة الصلة بالمرفق العام[٣٨٣].

•أنه في المجال الذي تملك فيه الإدارة تعديل شروط العقد تتقيـد سـلطتها فـي التعديل بألا تتجاوز حداً معينا بمعنى ألا تفرض الإدارة علـى المتعـاقد تعـديـلات تجعله أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب.[٣٨٤]

وتحرص محكمة القضاء الإداري على إبراز القيود التي تـرد علـى سـلطة الإدارة في التعديل ففي حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ تقول:"وأخيراً فإن مـن هذه القيود ما يتصل بمدار الأعباء الجديدة إلي إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو الاقتصادية ،وإلا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها بل له أن يطلب فسخ العقد وتقديـر ذلك كله يدخل في سلطة القاضي ويخضع لرقابة محكمة الموضوع ، وأكدت المحكمـة هذه المبادئ في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ " كما أيدتها المحكمة الإداريـة العليا في حكمها الصادر في ١٩٧٠/٤/١١ بالقول " كما أن لها سلطة تعديـل العقـد بحيث لا يصل التعديل إلي الحد الذي يخل بتوازنه المالي " وإلا كان للطرف الآخر فـي هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات إن كان لها وجه " .

• التوازن بين سلطة الإدارة في تعديل العقد وحق المتعاقد في الفسخ:

أ-أنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويضات الكاملة على ضوء ما تقـرره نظريـة عمل الأمير باعتبار أن سلطة التعديل هي إحدى تطبيقاتها.

---

[٣٨٣] حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٧ أغسطس سنة ١٨٩١ في قضية *morelli* والوز ١٨٩٣ القسم الثـالث ص ١٨ وفي مارس ١٩٥١ في قضية *didonna* المجموعة ص ١٤٩ وفي ١١ يوليو ١٩٤١ في قضيـة *Hospital Hospies chauny* المجموعة ص ١٢٩ .

[٣٨٤] حكمها الصادرة ١١ ابريل ١٩٧٠ . (س ١٥ ص ٢٦٤)

ب -أنه في حالة لجوء الإدارة إلي التعديل بإجراءات غير مشروعة، للمتعاقد الحق في طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق قاضي العقد .

ج-إذا جاوز التعديل حكم المألوف فإن للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد[٣٨٥].

ثانياً :" سلطة التعديل"

من المتفق عليه أن سلطة تعديل العقد الإداري تكمن في مقتضيات سير المرافق العامة، وتتراوح تلك السلطة قوة وضعفا وفقا لمدى صله العقد ، وارتباطه بالمرفق العام ، وفي عقد الامتياز يكون الملتزم بمثابة النائب عن الإدارة في تسيير مرفق عام...ولا خلاف بين الفقه ،والقضاء على ضرورة إخضاع الملتزم لأكبر قدر ممكن من رقابة الإدارة وهذا ما أبرزه المفوض ليون بلوم في حكم مجلس الدولة الصادر في ١١ مارس ١٩١٠ في قضية[٣٨٦] *compagnies gener francaise des* " *tramways*" ، وما إزدان به حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ يناير ١٩٥٧[٣٨٧] وهو من أحكام المحكمة المطولة في هذا الصدد:

" وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها في مجموعها ليست إلا ترديدا للمبادئ العامة للقانون الإداري في شأن التزامات المرافق العامة، وهي أن الدولة، وهي المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة فإنها إذا عهدت إلي غيرها أمر القيام بها ،لم يخرج الملتزم في إدارته أن يكون معاونا لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة لا يعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئوله قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ،وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العلم كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل فتفرض على الملتزم عبئا جديداً يزيد على ما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ،أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق ،واستغلاله وهي في ذلك كله لا تستند إلي عقد الالتزام بل إلي سلطتها العامة ،وتحقيقا لغايات هذه السلطة فهي

---

[٣٨٥] انظر العميد الطماوى في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٤٢٣ وما بعدها ، حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٨ يونيو ١٩٣٠،في قضية *Cie P. L.M. et autres*.مجلة القانون العام ١٣٩١ ص ١٤١ مع تقرير المفوض *Josso*

[٣٨٦] المجموعة ص ٢١٨ .

[٣٨٧] وقد نشر ملخصة في مجموعة أحكام المحكمة السنة ١١ ص ١٦٠ .

متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدي الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون المتعلقة بالالتزامات".

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعا له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام كما أن من حق السلطة مانحة الالتزام أن تقوم بتعديل هذا المركز اللائحي وأنه ولو أن الشروط تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ،ولا يترتب عليه التزامات دائنيه ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا فإن حق الدولة في تعديل هذا المركز بإدارتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل.

وإذا وقع هذا التعديل فإنه لا يمس حرمه عقد من العقود ، أو يخل بمركز تعاقدي متى كان الأمر هو مركز قانوني أو لائحي فإن إرادة الدولة المنفردة تكفي وحدها لتعديله والواقع أن الدولة إذ تقوم بهذا التعديل إنما تتدخل كما سبق البيان بصفتها ممثله للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام ، من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة واستغلالها وإداراتها وكفالة ذلك كله محققه بما لها من حقوق لا تملك السلطة العامة مانحة الالتزام التنازل عنها كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحاج بأنها تمس الحق الأعلى أو تخل بشروط عقدية . لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نظاماً قانونيا خاصا بمرفق عام فهي تملك تعديل قوائم الأسعار وأركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله حتى لا يختل توازنه المالي، وخفض أرباح الملتزم الباهظة إلي القدر المعقول متى اقتضت المصلحة العامة ذلك بل إن لها أن تنهي الالتزام نفسه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضاً وقد طبق القضاء هذه القواعد باعتبارها مستمدة من مبادئ القانون العام حتى قبل العمل بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

لذلك يمكن القول بأن هذا القانون لم يأت في واقع الأمر بجديد في هذا الشأن وهذه الحقيقة واضحة فيما قرره ممثل وزارة العدل عند مناقشة مشروع القانون بمجلس الشيوخ حيث قال : الواقع أن العلاقة بين الملتزم ومانح الالتزام ليست في

حاجة عند تكييفها إلي نصوص فقد حكم مجلس الدولة في فرنسا،،، بأن لمانح الالتزام أن يستعمل كافة الحقوق المقررة بالمشروع دون حاجة إلي نص ولا يوجد في فرنسا مثل هذا التشريع الآن لأن مجلس الدولة كما قلت أعفاها منه وقد أجمع الفقه الإداري على أن عقد الالتزام ليس إلا إنابة من مانح الالتزام إلي الملتزم لإدارة المرفق لصالح الجمهور فيجب ألا يخرج النائب عن هذه المصلحة إطلاقا ".

" على أن حقوق السلطة مانحة الالتزام على الوجه السابق بيانه من حيث التدخل في شئون المرافق العامة ، وإن كانت في غير حاجة إلي نصوص تقررها كما سبق البيان إلا أنه ليس ثمة ما يمنع تضمينها لوائح أو قوانين عامة تسرى على جميع الملتزمين أو قوانين خاصة تتناول طائفة معينة من المرافق العامة ، وفي مثل هذه الصور والحالات لا يسوغ القول أن حقوق السلطة مانحة الالتزام تصبح لمجرد تقريرها بنصوص تشريعية أقل منها حين يكون أمرها متروكا للمبادئ العامة . . . "

وعلى ذات المسلك يسير القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة وقد أجملت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تلك المبادئ حيث تقول[٣٨٨]: " لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل " كما أن المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ تنص على أنه يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ، ويكون تعديل ماعدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص " .

والقاعدة العامة في شأن تعديل شروط عقد الالتزام التي وضعها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تسرى على جميع أنواع التزامات المرافق العامة سواء ما صدر منها قبل هذا القانون أو بعده لأن القانون كما أكد الناطق بلسان الحكومة أمام البرلمان لم يستحدث الأحكام الواردة به ، وإنما استهدف تقنينها معاونه من المشرع

---

[٣٨٨] مجموعة الأستاذ / سمير أبو شادى الفتوى رقم ٩٢ في ١٩٥٦/٢/٤ ص ٥٤ والفتوى رقم ٤١٤ في ١١/٤/ ١٩٥٤ ص ٥٥ والفتوى رقم ٧٧ في ١٩٥٤/٣/٢ ص ٥٥ .

لمجلس الدولة المصري الناشئ كما اهتم القانون بوجه خاص بكيفية تحديد أرباح الملتزم على النحو الذي أوضحته المادة الثالثة منه - إلا أن الإدارة لا تستطيع أن تتناول بالتعديل جميع شروط العقد إنما ينصب التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام - التي يعبر عنها بالشروط اللائحية *Les clauses reglementaires* " ولا تستطيع أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بموجب العقد - غير الرسوم التي يتقاضها من المنتفعين (٣٨٩) لو ضمنت له الإدارة حدا أدنى من الربح أو تعهدت له بسلفه مالية أو بضمانه لدى أحد البنوك...الخ وإذا تعهدت بأن تقصر النشاط على الملتزم فهذا الشرط ملزم ويتعين على الإدارة احترامه .(٣٩٠)

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا القضاء ضمنا في حكمها الصادر في ٨ ديسمبر ١٩٥٧ القضية رقم ١٤٤ لسنة ١١ ق " وكانت مصلحة الآثار قد اتفقت مع متعهد على إقامة كازينو فاخر في المنطقة المجاورة لتمثال أبى الهول، وتعهدت بأن يشمل هذا النشاط المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة نشاط مماثل في المنطقة وتنفيذا لهذا الشرط أنهت الإدارة عقود بعض الأفراد في المنطقة فقضت المحكمة بسلامة موقف الإدارة التي لم تستعمل سوى حقها ،وهي في هذا الإجراء إنما تتوخى مصلحة عامة .. للاعتبارات الواردة بمنكرة وزارة الإرشاد القومي ، وتعتبر مدة الالتزام المحددة في العقد أيضاً من الشروط التي لا تستطيع الإدارة أن تستقل بتعديلها فليس لها أن تسحب المرفق من الملتزم لتمنحه إلي ملتزم جديد قبل نهاية مدته ما دام الملتزم الأصلي يوفي التزامات على أتم وجه ،ولكن شرط المدة لا يمكن أن يحول دون استرداد المرفق قبل نهاية المدة أو تغيير طريقة الإدارة"

أما إذا اتصل الشرط بكيفية تسيير المرفق العام فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل - فلو كان الالتزام ينصب على النقل بواسطة الترام أو الأتوبيس فلها أن تتدخل لتجبر الملتزم على مد خطوط جديدة في حالة زيادة العمران ، ولها أن تأمر بزيادة عدد القاطرات أو السيارات أو تعدل أوقات سيرها أو تحسين نوعها .. الخ

---

(٣٨٩)حكم المجلس الصادر في يناير ١٨٩٥ في قضية *ch . de fer d,Orleans* المجموعة ص ٣١ "المعيار المسلم به في مجال عقود الامتياز أن الشروط اللائحية هي التي تتعلق بكيفية أداء الخدمه للمنتفعين أى تتصل بكيفية سير المرفق العام "انظر الدكتور العميد الطماوى المرجع السابق هامش ص٤٣١ .

(٣٩٠)حكم المجلس الصادر في ٢٦ ديسمبر ١٨٩١ في قضية *ville de saint Etienne* مجموعة سيرى القسم الثالث سنة ١٨٩٤ ص ١ مع تعليق هوريو .

وللإدارة أيضاً بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ أن تعدل قوائم الأسعار بالزيادة أو بالنقص .

وقد سلمت محكمة القضاء الإداري بشرعية الأمر الصادر إلي ملتزمى النقل بالأتوبيس بزيادة عدد السيارات في حدود نسبة معينة بقولها :[٣٩١]

" أن الإدارة في طلب الزيادة إنما استعملت حقا مستمدا من طبيعة المرفق العام "وأضافت بأن حق الملتزم مكفول بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي على أساس إعادة التوازن المالي للعقد".

وفي مجال عقود الامتياز كما هو الشأن بالنسبة إلي سائر العقود الإدارية يجب أن تقف سلطة الإدارة في التعديل عند الحدود المعقولة ،والتي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فالإدارة لا تستطيع أن تستهدف بالتعديلات إلا صالح المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز أما إذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى يتنازل عن الالتزام لكي تتولى السلطة العامة إدارته بنفسها أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديدا بشروط أكثر نفعا للإدارة فإن تصرفها يعد مشوبا بالانحراف[٣٩٢].

ولقد أثير أمام مجلس الدولة الفرنسي البحث عن مدى حق الإدارة في فوض التحسينات الجديدة على الملتزم بإجباره على مواكبه التقدم والتطور العملي في كيفية أداء الخدمة *le modernisation du service* وكان ذلك على وجه الخصوص في مجال إحلال الاضاءه بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز، أو الاستعاضة بالأتوبيس عن الترام ذلك أنه وفقا للقواعد العامة في التعديل لا يمكن إجبار ملتزم الإضاءة بالغاز على استعمال الكهرباء كما أنه لا يمكن من ناحية أخرى تعطيل الصالح العام وعرقلة الانتفاع بالخدمة الحديثة احتراما لقواعد العقد ، واستطاع المجلس أن يخرج من هذا المأزق عن طريق حل وسط بمقتضاه لا تستطيع الإدارة أن تفرض بإرادتها المنفردة على شركات الغاز استعمال الكهرباء في الإضاءة ، ولكنه حرر الإدارة من الالتزام الواقع على عاتقها بمقتضى العقد ، والذي يقضى بأن تضمن الإدارة لشركات الإضاءة عدم المنافسة بمعنى أن تزاول الشركات القديمة نشاطها وللإدارة بعد إنذار الشركات

---

[٣٩١] بحكمها الصادر في ٢٤ مارس ١٩٥٧ القضية رقم ٣٥٧ لسنة ١١ م

[٣٩٢] راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ يولية ١٩٣٠ في قضية *cie p.h.m et autres* مجلة القانون العام ١٩٣١ ص ١٤١ مع تقرير المفوض *josso* .

القديمة التعاقد مع ملتزمين جدد يكون في وسعهم مواكبة التقدم العلمي الجديد في أداء الخدمات للمنتفعين (٣٩٣)

ونشير إلي حقوق الإدارة في رقابة الملتزم إذا ما أخل بالشروط المعدلة فحينئذ يكون لها وللمنتفعين الحق في المطالبة باحترام شروط العقد .. وإنه عن طريق دعوى الإلغاء للأفراد الحصول على حكم بإلغاء امتناع الإدارة عن التدخل (٣٩٤) ولهم أيضاً الحصول على حكم بالتعويض إذا ما ترتب على امتناع الإدارة ضرر للأفراد (٣٩٥) . وحتى يعمل القضاء رقابته يجب أن يثبت للمجلس أن عدم التدخل مرجعه الإهمال أو التخاذل .. أما إذا كانت الإدارة تتدخل في حدود الصالح العام فإنه لا ضير عليها في هذه الحالة (٣٩٦) .

وإن سلطة التعديل الانفرادي ليس معناه التسليم للإدارة بهذا الحق بل يتعين أن يقترن التعديل بتحقيق مصلحة عامة. فإذا حدثت ظروف لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد وكان من شأنها أن تقف حائلاً دون تحقيق المصلحة العامة عندئذ يمكن للإدارة أن تعدل شروط عقد الامتياز لتتفق مع الظروف المستجدة.

ويري العميد الطماوى أنه: إذا أخطأت الإدارة في تقدير مقتضيات المصلحة العامة فلم تقدرها التقدير السليم في العقد فإنها تملك تغيير العقد بما يتفق مع الحاجات الحقيقية للمرفق العام. حيث أننا لسنا بصدد عقاب الإدارة عن خطئها،ويري أ. د. ثروت بدوي أنه: إذا لم تقدر الإدارة مصالح الجماعة تقديراً سليماً فإنها لا تستطيع أن تستند على خطئها، وتفرض على متعاقدها تعديل العقد في سبيل الإستجابه الأفضل لحاجات الجماعة، بل عليها أن تقدر حاجاتها جيداً قبل التعاقد حتى لا يصير التعديل حجة سهلة.

---

(٣٩٣) بدأ المجلس هذا القضاء بأول حكم له في ١٠ يناير ١٩٠٢ في قضية *Deville – Les Rouen* مجموعة سيرى ١٩٠٢ القسم الثالث ص ١٠٧ .

(٣٩٤) منشور في مجموعة سيرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٣ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هوريو .

(٣٩٥) حكم المجلس في ٢ يونيو ١٩٢٣ في قضية *protectorat de l Annam* دالوز ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٦٩ مع تعليق أبلتون وحكمة في ٥ نوفمبر ١٩٢٧ في قضية *caire* المجموعة ص ٨٩٩ .

(٣٩٦) حكم المجلس في ٣ فبراير ١٩٠٥ في قضية *storch* مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٣٤٦ ويعلق جيز بغضب الإدارة عن استعمال الشركة لوسيلة معينة غير تلك المنصوص عليها في العقد بقصد إتمام بعض الأشغال العامة .

فالمشرع في كل من فرنسا ومصر أعطي مزيدا من الاهتمام لمسألة تحديد الحاجات التي يجب التعاقد عليها بما مفاده أن المشرع قد وضع اهتماما بالتوقع على عاتق الإدارة ومن ثم استبعاد التعديل الانفرادي إذا كان راجعاً إلي عوامل وجدت عند إبرام العقد ويصير مقبولاً إذا كان مرده عوامل أو ظروف طارئة شريطة إلا يكون من شأن التعديل قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وفي جميع الأحوال فإذا ما ترتب على التعديل الانفرادي ضررٌ للملتزم فذلك يستدعى تعويضه نتيجة تنامي أعبائه(٢٩٧).

وفي مصر تنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أن: " يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج، وعلى أسس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة..." وتقضي المادة الثالثة من اللائحة على أن: " يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة، وعلى أساس التقنيات النمونجية والرسومات الفنية اللازمة.

وخلاصة القول أن حق التعديل المعترف به للإدارة مرهون بظروف وشروط ولأهداف محدده . فهو وسيلة تتمكن بها الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة و تطوير المرفق العام لمواكبتها ، وفي غير الحالات و بالشروط و الأهداف المشروعة لممارسة حق التعديل يتم توقيع جزاءات على الإدارة إذا خرقت أو خالفت العقد وتنعقد بذلك مسؤولية الإدارة التعاقدية(٢٩٨).

---

(٢٩٧)

Badaoui S. ((Le fait de prince dans les contrats administratif))1955 These Paris P98.

يراجع مؤلف أ.د./سليمان الطماوى "الأسس العامة" المرجع السابق ص ٤٦٥.

تنص المادة ٧٥ من تقنين الشراء العام الفرنسي على ما يلي:

((Les prestations qui font l'objet des marches doivent repondre et exclusivement a nature et a l'etendue des besoins a satisfaire, le servise interesse est tenu de ces prestations avant tout appel a la concurrence ou toute negociation))

انظر رسالة د. مهند نوح ص ١٠٠ وما بعدها ويقول أنه " لا يصغي إلي قول من يسعي ليستفيد من سوء عمله" وما يؤديه ذلك من مخالفة لقواعد حسن النيه في تنفيذ العقود الإدارية.

(٢٩٨)انظر الدكتورة /سعاد الشرقاوى "العقود الإدارية" الجزء الثانى تنفيذ العقود الإدارية ص٤٤ وما بعدها وانظر دى لوبادير المرجع السابق ص٧٢٦ وما بعدها .

وإذا كان في وسع الإدارة أن تفرض على الملتزم أعباء جديدة فيجب أن يكون في وسعه تحملها فإذا كان الظاهر يؤكد بوضوح أن الأعباء الجديدة من الضخامة بحيث تعتبر وكأنها التزام جديد فإن للملتزم أن يتحرر منها عن طريق القضاء.

ثالثاً : سلطة التعديل في عقد امتياز الـ B.O.T.

تنطبق المبادئ العامة المقررة في هذا الفرع على عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من حيث حق التعديل ومداه وسلطة الإدارة في شأن ذلك طليقة من كل قيد طالما أن التعديل يستهدف الصالح العام ولا يمس المزايا المقررة للملتزم وفق الشروط وعلى الوجه المتفق عليه في عقد الالتزام وملحقاته ، وفي جميع الأحوال يكون للملتزم حق الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقته نتيجة إجراء تعديل على خلاف النصوص والضمانات المقررة في العقد ووثائقه.

وقد تضمنت بنود عقد امتياز الـ B.O.T. جواز تعديل العقد ونفاذ الأحكام المعدلة بشرط موافقة الطرفين وصدور قرار من مجلس الوزراء بالتعديل وذلك على الوجه المبين فيما يلي:

بند" تمهيد" : وتأسيسا على كل ما تقدم .وبناء عليه فقد تم تحرير هذا العقد بشأن منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال مطار----- للطرف الثاني

يعتبر التمهيد السابق وإطار الاتفاق الموقع بين المالك وشركة----- وجميع ملاحقه جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ،ويتمتع بنفس القوة الإلزامية لطرفيه، ولا يكون أي تعديل لأحكام هذا العقد أو شروطه ساريا ما لم يثبت ذلك كتابة ويوقعه كل من الطرفين ،،، وتم تحرير هذا العقد باللغة العربية ،ويتم تحرير مستندات الدراسات الفنية باللغة الانجليزيه.

وتنص المادة (١٤) من العقد:

" يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه -أو تعديلها- قرار من مجلس الوزراء حكومة جمهورية مصر العربية . . ." (٣٩٩)

---

(٣٩٩) انظر عقد الامتياز المنشور بالوقائع المصرية المرجع السابق ص ١٩،٧

المطلب الثاني

" التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

يبرم عقد الامتياز بموجب اتفاق يتم بين طرفين غير متكافئين من الناحية القانونية أحدهما سلطة عامة والطرف الآخر شخص- فردا كان أو شركة- ويتولد عن هذا العقد حقوق و التزامات تبادلية يجرى تحديدها بما يتفق و الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كوسيلة غايتها النفع العام إذ أن الالتزامات المترتبة على كل منهما تمثل حقوقا للطرف الآخر فهما بهذه المثابة وجهان متقابلان لعملة واحدة : *الوجه الأول:* يخص الإدارة وهي الأصيل في العقد *والوجه الثاني:* يخص الملتزم بوصفه معاونا ونائباً عن هذا الأصيل والوجهان في هذا المسار يلتقيان ويقفان معا على قدم المساواة يدا واحدة- تسعى من أجل حسن سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد بتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به على أكمل وجه .

وبهذه المثابة يكون من حق الملتزم مطالبة الإدارة تنفيذ التزاماتها بما يتفق ومقتضيات الصالح العام وحسن النية في المعاملات ، وحين تهمل الإدارة أو تتقاعس أو لم تقم بالوفاء بالتزاماتها فإنها تتعرض للجزاء بمقتضى حكم يصدر من قاض العقد،،،ونتناول بالدارسة أهم التزامات الإدارة في مجال تنفيذ عقد الامتياز كالتالي :

الفرع الأول

" التزام الإدارة بتنفيذ عقد الامتياز طبقا لما اشتمل عليه وفق مبدأ حسن النية "

الفرع الثاني

" التزام الإدارة باحترام شروط عقد الامتياز الصريحة والضمنية "

الفرع الثالث

" التزام الإدارة بعدم التقاعس والتسويف في تنفيذ عقد الامتياز "

الفرع الرابع

" التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ في عقد الامتياز "

الفرع الأول
" التزام الإدارة بتنفيذ عقد الامتياز طبقا لما اشتمل عليه وفق مبدأ حسن النية "

يعد مبدأ حسن النية من الأصول العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أيا كان نوعها ومفاده أن يجرى تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من بنود وشروط ،وبطريقة تتفق مع ما توجيه اعتبارات حسن النية في التعامل ، وقد تضمنت أحكام المادة ٤٨ من القانون المدني هذا المبدأ وأكدته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها أنه أصل عام من أصول القانون " يطبق على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية [٤٠٠] .

وأصدرت الجمعية العمومية بمجلس الدولة فتياها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١ فقالت :" ومن المبادئ المسلمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل من أصول القانون يُظّللها جميعا يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا مندوحة من التقيد به في شأن العقود المدنية ، بل إن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بالمصلحة العامة ولا تنفك عنها ، ومقتضى ذلك ولازمه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذه فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمني ، ويتعين أن يتم في حدود معقولة وفقا للمجرى العادي للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو اليه "[٤٠١].

وفي ١٩٩٣/١/٢٠ أرست المحكمة الإدارية العليا في حكم لها مضمون هذا المبدأ بقولها :" أنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة في مجال تنفيذ العقود عموما مدنية كانت ، أو إدارية أنه يجب تنفيذ العقد وفقا ما اشتملت عليه شروطه وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقا للأصل العام المقرر في الالتزامات عموما ، ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد والتزاماته مع الإدارة إنما تتحدد طبقا لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة ، وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفية كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ، ومرد

---

[٤٠٠] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ إبريل ١٩٥٧ مجموعة الأحكام س ٢ ص ٩٣ .

[٤٠١] ملف رقم ٣١٥/١/١٥٤ جلسة ١٩٩٢/١١/١ مشار اليه في المرجع السابق ص١٢ .

ذلك إلي أن ما أتفق عليه طرفا العقد هو شريعته التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب كل منهما حقوقه والتزاماته على هذا الأساس " .

وتطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، فإن رفض جهة الإدارة تسلم البضاعة التي قام المتعاقد بتوريدها برغم مطابقتها للمواصفات الفنية بحجة وجود شوائب عالقة تؤثر على صلاحيتها للاستعمال يعد تنفيذا للعقد بطريقة تتعارض مع مقتضيات حسن النية في التعامل .[٤٠٢]

ومن التطبيقات القضائية لمخالفة الإدارة المتعاقدة مبدأ حسن النية في التعامل ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٨ أبريل ١٩٧٩ أنه :" ومن حيث أن الثابت أن الجهة الإدارية باعت للمدعى فولا سودانياً – وما كان يتأتى أن يتمخض هذا البيع عن فول فاسد تحظر السلطات الصحية المختصة تصريفه للاستهلاك الآدمي ويهبط ثمنه إذا ما بيع لأغراض أخرى .. ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة في حق الجهة الإدارية ،تملى تعويض المدعى عما أصابته من الأضرار بسببها دون إخلال بحقه الثابت في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي " .[٤٠٣]

ويضع القضاء الإداري في اعتباره لدى تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الطبيعية الذاتية للعقود الإدارية ، وما يجرى عليه العرف الإداري من التوسع في تفسير معنى حسن النية في ضوء *المصالح* التي يحميها العقد ، *والسلطات* المشروعة لجهة الإدارة *وفكرة حسن النية* ، وهي من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة القضاء ويقدر القاضي مدى توافرها وفقا للظروف والملابسات التي تحيط بالعقد أثناء تنفيذه فهناك ظروف قد تحول بين الإدارة وبين الوفاء بالتزاماتها كحالة الحرب مثلا .[٤٠٤]

وطبقا لفتوى الجمعية العمومية الصادرة بجلسة أول مارس ١٩٩٢ فإن مبدأ مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية يطبق على كافة أنواع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بما في ذلك العقود التي تتم بين الجهات الإدارية بعضها البعض ،

---

[٤٠٢] انظر أ.د/ عمر حلمي أثار العقود الإدارية ١٩٩٣ ص ١٧٧ .

[٤٠٣] انظر أ.د / عادل خليل في العقود الإدارية ص ١٣ المرجع السابق

[٤٠٤] انظر ا. د. محمد سعيد حسين أمين " المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ١٩٩٣ دار الثقافة الجامعية ص ١٩٩ وما بعدها ،"دي لوبادير" المرجع السابق الجزء الثاني ص ١٨٧.

وبالتالي يجب ألا تتعسف أي جهة في المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد وقالت : " أنه متى كانت هيئة كهرباء الريف قد التزمت بتوصيل التيار الكهربائي إلي مبنى كلية التربية بجامعة المنوفية ، وأوفت التزامها طبقاً للأصول الفنية السليمة فلا يعدو ثمة من وجه لتمسك الجامعة بتركيب لوحة التوزيع التي وردت في المقايسة المبدئية التي أعدتها الهيئة كسبيل إلي استظهار تكاليف العملية .ثم عدلت عنها عند التنفيذ بعدما تبين لها عدم توافر هذه اللوحة بمخازنها إذ لم يؤثر ذلك على حسن أداء الهيئة لما التزمت به من توصيل التيار الكهربائي إلي مبنى كلية التربية فلا يبقى للجامعة بعد ذلك – في إطار مبدأ حسن النية الذي يحكم مسار العقود – سوى الحق في استرداد ما أدته زائدا عما تكلفته هذه العملية ويقدر بمبلغ ستة وعشرين ألف ومائة واثنين وستين جنيها .(٤٠٥) "

ومن أهم الالتزامات المفروضة على جهة الإدارة هو العمل على تنفيذ عقد الامتياز بمجرد إبرامه من السلطة المتعاقدة ولا يحق للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية.

وتلتزم جهة الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشروط الواردة به ، وفي هذا المعنى قررت المحكمة الإدارية العليا (٤٠٦) أنه " طبقا لما تقضى به المادة ١٤٨ من القانون المدني ينبغي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه . وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص " .

ومن أبرز الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في هذا الصدد: شرط عدم المنافسة في عقود الامتياز (٤٠٧) إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بديلاً عن الغاز ،أو الأتوبيس محل الترام (٤٠٨) ومن الثابت أن العقد الإداري يعد رابطة قانونية أساسها حسن النية وإعمالا لهذه الحقيقة تقرر المحكمة الإدارية العليا(٤٠٩) أن: "من المبادئ المسلمة أن

---

(٤٠٥)ملف رقم ٣٢ / ٢/ ١٩٠٣ جلسة أول مارس ١٩٩٢

(٤٠٦)جلسة ١١ ابريل ١٩٧٠ ،مجموعة أحكام السنة الخامسة عشرة ص٢٦٥.

(٤٠٧)يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ مارس ١٩٥٦ ،مجموعة الأحكام السنة العاشرة ،ص٢٣٩.

(٤٠٨)أ. د. الطماوى– الأسس العامه للعقود الإداريه– المرجع السابق ص٥١٤.

(٤٠٩)حكمها في ١١ ابريل ١٩٧٠ –الحكم السابق الإشارة اليه ص٢٦٦.

العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأن العقود المدنيـــة ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطـــه احتياجـات المرفـق الـذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة".

"وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري ،وينبني علـــى هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العـــام. وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه ، كما أن لـــها سـلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلي الحد الذي يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطـرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات".

وتعد فكرة حسن النية في المعاملات من الأمور الموضوعية التـــي تخضـع للرقابة وللملابسات التي تصادف تنفيذ العقد حيث يقدر القاضي مدى الجهد المبـذول من جانب الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية آخذا في الاعتبار الظروف التي قد تحول وبين هذا الوفاء كحالة الحرب مثلا.

ويشير الأستاذ " دى لوبادير" في هذا الخصوص إلي تطبيقـــات مـــن أحكـام مجلس الدولة الفرنسي حيث يتلمس القاضي في جانب منها العذر لجهة الإدارة-بأنـها بذلت أقصى جهد من جانبها في سبيل أداء التزاماتها التعاقدية ،وأن الظروف القـاهرة هي التي قد حالت بينها وبين هذا التنفيذ، وفي أحكام أخرى يتشدد القاضي في تقديـر مسلك الإدارة على ضوء الظروف التي تواجه العقد عند تنفيذه وينعت هـــذا المسـلك بسوء النية المعتاد من جانبها (٤١٠).

هذا ولا يقف التزام الإدارة عند حد احترام شروط العقد ومراعاة حسن النية فـــي تنفيذه، وإنما تلتزم أيضاً بتنفيذ موضوع العقد بأكمله دون أن يمس ذلك حقها فـــي أن تنقص أو تزيد فيه. إعمالا لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها وفقـــا للحدود والأوضاع المقررة بالقانون .

---

(٤١٠) د. محمد سعيد في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص٢٣٢ وما بعدها .

الفرع الثاني
" التزام الإدارة باحترام شروط العقد الصريحة والضمنية "

على الإدارة احترام ما تتضمنه نصوص العقد من شروط وتعهدات وتأشيرات وموافقات واعتمادات لازمة أثناء مراحل التنفيذ أهمها ما يخص تسليم الموقع وإنهاء إجراءات فحص واختبار المواد والمهمات والأدوات والمعدات والآلآت .. الخ. ثم أعمال التركيبات واختبارات بدء التشغيل، وإصدار كافة القرارات الإدارية والفنية والمالية اللازمة لهذا الغرض . ولا يقتصر التزام الإدارة احترام شروط العقد المنصوص عليها صراحة ، بل يشمل كل ما يعد من مستلزماته، وما هو مفترض ضمنا وفقا للقانون والعرف وقواعد المعاملات الجارية ذلك بحسب الطبيعة الذاتية للعقد وطبقا لأحكام المادة ١٤٨ بين القانون المدني .

ومن التطبيقات القضائية في شأن مخالفة الإدارة الالتزام الصادر منها بضمان عدم المنافسة في تنفيذ عقود امتياز المرافق العامة،،منح ترخيص بتسيير أوتوبيسات نهرية وبرية بالرغم من وجود ترخيص سابق لملتزم آخر بتسيير أتوبيس نهري لخدمه الركاب بذات الخط [٤١١] ،،، منح ترخيص استغلال مقصف بالميناء الجوى لخدمة ركاب الترانزيت العابرين على الرغم من وجود مقصف آخر بالميناء الجوى نفسه سبق للإدارة أن منحت ملتزماً آخر الترخيص باستغلاله .[٤١٢]

ومن تطبيقات مخالفة الالتزام بضمان عدم المنافسة ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بجلسة١٣مارس١٩٩٠ بأن :" منح الشركة المصرية للتعمير والإنشاءات السياحية امتياز مباشرة الميسر ومختلف أنواع اللعب بالمنتزه والمقطم وتعهد الجهة المانحة بعدم الترخيص ـ طوال مدة سريان العقد معها ـ لمنشآت أخرى للعب القمار في المنطقتين أو بالقرب منهما،،ثم قيام الإدارة بالترخيص لفنادق أخري لممارسة ألعاب القمار بالمخالفة للعقد مع الشركة صاحبة الامتياز إنما يشكل ركن الخطأ في المسئولية التعاقدية للإدارة ".[٤١٣]

---

(٤١١) انظر د / عادل خليل – العقد الإدارية – المرجع السابق ص ١٥ .

(٤١٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١١ مارس ١٩٥٦ مجموعة الأحكام س ١٠ ص ٢٢٩.

(٤١٣) طعن رقم ٦٧٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٣ مارس ١٩٩٠ مشار اليه بالمرجع السابق .

الفرع الثالث
" التزام الإدارة بعدم التقاعس والتسويف في تنفيذ عقد الامتياز"

يجب على الإدارة البدء في تنفيذ التزاماتها العقدية بعد التصديقات اللازمة من السلطات المختصة ،وسداد الملتزم مبلغ التأمين النهائي في المواعيد المقررة ، ومن ذلك إصدار الأوامر والقرارات اللازمة للبدء في التنفيذ ، وبالتالي تسليم موقع العمل مع كافة الرسومات والمقايسات الهندسية الخاصة بالأعمال المتفق على تنفيذها ، ويعد تقاعس الإدارة وتسويفها في تنفيذ التزاماتها العقدية خطأً عقديا.

ومن صور تراخى الإدارة في التنفيذ التأخير في تسليم الموقع للبدء في أعمال الإنشاءات ، وكذلك التراخي في إجراء الاختبارات اللازمة للتربة في موقع العمل والإفادة بالنتيجة ،،، فقضت المحكمة الإدارية العليا بالفسخ من ذلك حكمها الصادر في ٣ يونيو ١٩٦٧ الذي جاء فيه:

" متى كان من الثابت أنه حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العمليات بسبب تعرض رجال الإصلاح له الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ، وإذ لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم موقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل ، وأنها تأخرت عن تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة جاوزت القدر المعقول مما يقوم سببا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك [٤١٤]

([٤١٤])المحكمة الإدارية العليا ٨٦٢ – ٩ نتائج ٣ يونيو ١٩٦٧ – ١١٢٣/١٢/١٢.

الفرع الرابع
" التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ في عقد الامتياز "

يتضمن العقد الإداري بصفة عامه على أنواع مختلفة لمدد التنفيذ فهناك المدة الإجمالية لتنفيذ العقد ،وهناك المدد المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة فيه -كما يتضمن العقد تحديد المواعيد ومدد التزام الإدارة بتسليم مواقع العمل إلى ملتزم الأشغال العامة ، أو ملتزم امتياز المرافق العامة وبسداد المقابل النقدي بالنسبة لما ينفذ من الأعمال ،أو ما يتم توريده من البضائع والمهمات وغيرها .

وفي عقد امتياز المرفق العام يقصد بمدة الامتياز المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بإقامة المنشآت والأجهزة اللازمة لعملية استغلال المرفق كأجهزة الحفر في عقود الامتياز البترولي ، والمحطات والمعدات في عقود امتياز الإنارة ،كما تلتزم الإدارة بتسليم مواقع العمل في المواعيد المحددة ، ليتسنى للملتزم القيام بتنفيذ الأعمال في المدد المقررة .[٤١٥]

وفي بعض الحالات يتناول العقد شرط المدة بعبارات عامة بغير تحديد واضح لمدد التنفيذ ، وقد استقر مجلس الدولة في مصر وفرنسا على وجوب تنفيذ الالتزام في المدة المعقولة [٤١٦] و لا تستطيع الإدارة أن تتأخر في التنفيذ لمدة تزيد عن الحد المعقول ، حيث نصت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣ يونيو ١٩٦٧ " ويترتب على مخالفة الإدارة أي من التزاماتها العقدية نشوء حق للمتعاقد معها في الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به ومسئولية جهة الإدارة في دفع التعويض في هذه الحالة يقوم على أساس وقوع خطأ أو تقصير من جانبها في تنفيذ العقد ترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد معها .

وتقضي المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - وهو الشريعة العامة في هذا المقام - على حق المتعاقد مع الإدارة في اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض ، عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة إخلال الجهة

---

[٤١٥] انظر أ.د. - محمد سعيد حسين أمين - أحكام الانقضاء - المرجع السابق ص ٢٧

[٤١٦] حكم الإدارية العليا في ١ نوفمبر ١٩٩٢ طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٣٢ ق مشار اليه بمؤلف الدكتور / عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٢ .

الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها ، والمطالبة بفسخ العقد في حالة وقوع خطأ جسيم في الأحوال الآتية :

١-عدول الإدارة عن المشروع موضوع التعاقد بدون سبب معقول .

٢-تأخر الإدارة في البدء في تنفيذ العقد لمدة تجاوز القدر المعقول .

٣-وقف الإدارة للأعمال مددا طويلة دون مبرر معقول .[٤١٧]

ولا يستطيع المتعاقد في هذه الحالات أن يوقع جزاء الفسخ بنفسه ويتوقف عن تنفيذ العقد بل يجب عليه الالتجاء للقضاء ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها الصادر في ٢٨ / يناير ١٩٧٨ حيث قالت :

"لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجد مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلي القضاء للحصول على حكم منه بذلك وأساس ذلك أن فسخ العقد كأصل عام أمر تترخص فيه الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض ومن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يدفع في مواجهتها بعدم التنفيذ بحجة أنها قصرت في الوفاء بالتزاماتها نحوه بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ ثم المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتض ويجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها خلافا للأصل العام إذا ما تم الاتفاق على جواز التمسك به وتحديد حالاته بنصوص صريحة لا لبس فيها ولا غموض."

وقضت في حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٧١ : " الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ، وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ،وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزامها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها " .[٤١٨]

([٤١٧])يراجع أ.د. / محمد سعيد "المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية" ١٩٩٣ ص ٢٠٦ دار الثقافة الجامعية.

([٤١٨])أنظر أ.د / عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها .

هذا وقضت محكمة القضاء الإداري في حكم حديث لها عام ٢٠٠١بأن المدعية لها الحق في المطالبة بتعويض تكميلي بخلاف نسبة الفوائد إذا ثبت أن الضرر وقع بسوء نية،،، وحاصل الوقائع أن الهيئة العامة للطيران المدني كانت قد أسندت إلي الشركة المدعية عملية إنشاء صالة جاهزة للركاب بالمطار وتم إيقاف العمل فيها لمدة "ثمانية "أسابيع بسبب زيارات رسمية للمسئولين في أسوان ورغم ذلك قامت الشركة بتنفيذ جميع أعمال الأساسات،والإنشاءات المدنية في مواعيدها المحددة.

وإنه نظرا لتأخر وصول المبنى سابق التجهيز بعض الوقت وذلك لظروف الشحن من الخارج وإجراءات التخليص الجمركي قد أدى إلي إتمام تنفيذ العملية بعد المواعيد المحددة بالعقد.

وقد كان لامتناع الهيئة عن صرف مستحقات الشركة أثر مباشر ألحق بها أضرارا مادية ومعنوية أهمها إشهار إفلاسها والإساءة إلي سمعتها -لذلك قضت المحكمة بإلزام الهيئة بدفع مبلغ ٨٥ ألف جنيه للشركة وذلك قيمة المتبقي من مستحقاتها ،وخطاب الضمان والتعويض عما أصابها من أضرار تسببت الهيئة فيها بقصد حرمانها من مستحقاتها.

المبحث الثالث
" التوازن المالي لعقد الامتياز "

تمهيد وتقسيم : [٤١٩]

يتعرض عقد امتياز المرفق العام للتدخل من جانب الإدارة ، بما تملكه من سلطة زيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها ، وطالما أن التزامات المتعاقد على هذا النحو من المرونة . فالأمر يقتضي إضفاء ذات الصفة على حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة لأن تعديل أركان العقد قد يرتب زيادة في الأعباء المالية بنحو يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، و بالتالي ينبغي على الإدارة تغطية تلك الأعباء الجديدة على الوجه الذي يعيد للعقد توازنه المالي والاقتصادي.

ولقد ظهرت فكرة التوازن المالي بمناسبة تدخل الإدارة في عقد امتياز شوكة الترام الفرنسية . حيث تولى المفوض ليون بلوم صياغة الفكرة بتقريره في حكم مجلس الدولة بتاريخ ١١ مارس سنة١٩١٠ ، والفقه الإداري ما يزال يردد العبارات الواردة به نذكر منها:[٤٢٠]

« Il est l`essence de même tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la meaisure du possible une égalité entre les avantages QI sont accordes au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrerait des bénéfices probables et des prévues dans tout contrat de concession est implique comme un calcul l équivalence honneteentre ce qui est accorde au concessionnaire et ce qui est exige du lui c'est ce qu'on appelle lequivalance financier et commerciale le quation financière du contrat de concession »

ومن ناحية أخري تبرز أهمية التوازن المالي لأن الملتزم قد وضع في الحسبان توظيف أمواله في مرفق الامتياز ،بغرض تحقيق ربح معقول طوال مدة سريان العقد المنصوص عليها فيه مما يفرض على الإدارة احترام تلك المدة لأن الملتزم رتب عملياته المالية معتمدا على استرداد نفقات المشروع والحصول على الربح المعقول حال استمرار العقد نافذا طوال المدة المقررة بوثيقته فإذا ما أنقصت بفعل الإدارة

---

[٤١٩] انظر أستاذنا الدكتور محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص٤٠١ وما بعدها ورسالة الدكتوراه المرجع السابق ص٥٧٨ وما بعدها و المراجع المشار إليها في هامش الصفحات

[٤٢٠] انظر أستاذنا العميد الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص٥٥٤ وما بعدها.

اختل الأساس الذي بنى الملتزم عليه هذا التقدير وحرم من حقه المشروع في الحصول على ربح معقول.

وترتيبا على ما تقدم يحق للملتزم المطالبة بإعادة التوازن المالي لعقده وبالتعويض جبرا لما أصابه من ضرر حسب الشروط والأوضاع المقررة قانونا في هذا الشأن ، هذا وبالمقابل في حالة إخلال الملتزم بالتوازن المالي لعقده . فإن السلطة العامة فإن تطالبه بإعادة التوازن المالي إلي نصابه فضلا عن التعويض وإنزال الجزاءات المخولة لها في هذا المجال عند الاقتضاء .

وقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد أساسا وسندا في حيثيات أحكامه ،وتستهدف الفكرة تحقيق التساند والتعاون في تنفيذ الالتزامات المتقابلة بين طرفي الرابطة العقدية -استنادا لقواعد العدالة بما ترتبه من عد جواز إثراء أحد طرفي العقد على حساب الآخر والفكرة بهذا النحو ليست غريبة في عالم القانون ، ذلك أن القانون المدني قد حرص على توفير القدر العادل لتحقيق المساواة بين طرفي العقد من خلال تطبيق الحدود والأوضاع المقررة قانونا وفق نظريتي الغبن والاستغلال في العقود المدنية.

بيد أن فكرة التوازن المالي قد اتخذت سندا جديدا يكمن في الخصائص الذاتية لعقود الامتياز بوجه خاص والعقود الإدارية بوجه عام- فتحقيق النفع العام كغاية تسعى إليها الجهات الإدارية ,من شأنه تحميل الإدارة التزاما بتقديم يد العون للملتزم من أجل إعادة التوازن المالي إلي سيرته الأولى لدى حدوث اختلال في عقدة لضمان السير المنتظم بالمرفق العام في أداء خدماته للمنتفعين به على الدوام.

ولا جدال في أن زيادة التزامات وأعباء الملتزم بفعل الإدارة على نحو غير متوقع لحظة إبرام عقدة ثم تقاعسها أو رفضها مساندته للتغلب على تلك الأعباء الجديدة لهو أمر جد خطير إذ يؤدى بالضرورة إلي نتيجة مزدوجة - فخدمات المرفق العام تكون مهددة بالتوقف لعجز الملتزم عن الوفاء بتنفيذ التزاماته ولا سبيل أمام الإدارة سوى مد يد العون للملتزم لإعادة التوازن المالي والاقتصادي لعقدة.

هذا وقد أصبحت فكرة التوازن المالي في العقد الإداري مسلما بها في الفقه والقضاء-غير أن الصعوبة في تحديد مدلول الفكرة وشروط تطبيقها ظلت قائمة لأن

مجلس الدولة الفرنسي بما عرف عنه من روح واقعية عملية -لا يبدى اهتماما بالجانب النظري فلم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول الفكرة وشروط استخدامها.

وتعني فكرة التوازن المالي في العقد الإداري الإبقاء على طبيعته كما روعيت عند التعاقد والاستمرار في التعامل معه كظاهرة طبيعية .فالنبات أو الحيوان كلاهما كائن حي يزيد وينقص ، غير أنه يحتفظ في الوقت نفسه بخواصة الأصلية وكيانه الطبيعي ما بقى حيا ،ومثل ذلك العقد الإداري. فقد تُزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ويجب عليها أن تحتفظ بتوازنه الاقتصادي والمالي ،وعلى خواصه الأصلية ما بقى العقد قائما ،ولاشك أن فكرة التوازن تعتبر توجيها عاما يهتدي به القاضي في تقدير التعويض المستحق للملتزم جبرا لما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر ،،*ومن هذا المنطلق يمكن رد الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي الى قواعد ثلاث :*[٤٢١]

القاعدة الأولى : أن التوازن المالي هو التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق:

إن فكرة التوازن المالي في العقد لا تعني التوازن الحسابي كما ذكر فريق من الفقهاء بل هو التوازن العادل ، فمرونة التزامات المتعاقد زيادة أو نقصا أمر يفوض بالضرورة مرونة حقوقه قبل الإدارة ، وذلك لا يعنى وضع نسبة حسابية صارمة بين الالتزامات و الحقوق فيما بينهما ، لذا صور الفقيه بيكينو فكرة التوازن بأنه:

إذا فرضنا أن حقوق المتعاقد التي يستمدها من العقد عند إبرامه لأول مرة = (أ) وأن التزاماته= (ب)، فإن نسبة حقوقه الجديدة بعد الزيادة أو النقص إلى التزاماته الجديدة (أَ) /(بَ) يجب أن تكون ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية فتصبح المعادلة (أ) / (ب) = (أَ)/ (بَ) .

ولا جدال في الأمر أنه إذا كان الفقيه بيكينو يقصد في مجال تطبيق فكرة التوازن المالي وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات فالنقد الموجه إلي معادلته يضحي باليقين صوابا،، ومن ناحية أخري طالما كانت المعادلة عبارة عن تحليل اقتصادي رمزي دلالة على حدوث زيادة أو نقص في جانب مما يترتب عليه بالتالي تغيير الجانب الآخر بذات النسبة زيادة أو نقصا ، فهذا

([٤٢١])انظر رسالة الفقيه بيكينو النظرية العامة للعقد الإداري سنة ١٩٤٥ باريس ص ٤٥١ و انظر الدكتور العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٥٥٧ وما بعدها.

اجتهاد مقبول يستند إلي المنطق التحليلي المجرد بهدف إثبات فكرة التوازن المالي والاقتصادي وإقرار المبدأ كأساس لتعديل الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي الرابطة العقدية بنحو متعادل ومتناسب وقد حدث تغيير فيهما ويؤيد هذا النظر أن المعادلة في الفرض المعروض لم تنته إلي حساب أو رقم عددي وإنما انتهت إلي مجرد رمز بالتغيير.

وبهذه المثابة تكون المعادلة مجرد توجيه عام حين يقيم الملتزم دعواه أمام القضاء مطالبا بحقه في تطبيق فكرة التوازن المالي بحيث يتولى أهل الخبرة المحاسبية مهام عملهم تمهيدا للفصل في الدعوى وهو أمر يدخل في صميم اختصاص الخبراء طبقا لما أقره القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر من إمكان اللجوء إلي نظام الخبرة في هذا المجال.

القاعدة الثانية: أن فكرة التوازن المالي هي السبب في استحقاق التعويض:

إن توازن المصالح في عقد الامتياز يتحقق من خلال إيجاد علاقة تعاون الإدارة مع الملتزم بغية إنجاز عمل محدد وفكرة التعاون هذه تقود إلي الاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بحقه في سلسلة من التعويضات إذا تحمل علي عاتقه تكاليف أكثر شدة في سبيل إصلاح مرفق الامتياز من منظور أن المتعاقد لو علم بالتكاليف الزائدة لما أقدم علي إبرام العقد *وحقيقة الأمر أن هذه الإمكانية في التوازن المالي تشكل إحدى الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقد الإداري*.[٤٢٢]

ويقرر أستاذنا المرحوم الدكتور الطماوى أن فكرة التوازن المالي للعقد تفسر التعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا كان مرجع الضرر إلي فعل الإدارة على الأقل في نطاق نظرية فعل الأمير أما خارج نطاق هذه النظرية فإن فكرة التوازن المالي وحدها لا تكفي لتبرير التعويض لذا يضاف مبدأ التعويض بلا خطأ إلي جوار فكرة التوازن ليشمل جميع صور التعويض التي يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من جانب الإدارة.

ويذكر أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأن ثمة تحفظا جوهريا ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام يتمثل في صورة التمييز بين سبب التعويض المستحق ،ووسيلة أو أساس الحكم به، وأن اختلال التوازن المالي للعقد يكون دائما

---

(٤٢٢) أنظر أ.د. محمد سعيد المرجع السابق ص٥٧٨ ، ورسالة د. مهند مختار نوح ص٦٤ ، وفي الفقه الفرنسي :
Bénoit P. op. Cit. P592.
Richer L. « Les contrats administratif » 1991 P6.

هو المبرر لتقرير مبدأ التعويض ، وبالنسبة لوسيلة التعويض فالأمر يقتضي التمييز بين حالتين:(٤٢٣)

الأولى: حالة الظروف العادية أو المتوقعة حيث يتوقع عند إبرام العقد أن ثمة ظروفا معينة قد تصادف تنفيذه ، ويترتب عليها اختلال اقتصادياته فيتفق الطرفان مقدما بنصوص في العقد ، أو في دفاتر الشروط على مواجهة هذه الظروف لإعادة التوازن (التعويض) وهذا بالفعل هو المحور الحقيقي لما في العقد من *شروط* أو "*وسيله*" تتصل بمراجعه أسعاره .

والثانية: وهي حالة الظروف الاستثنائية أو غير المتوقعة :حين يصادف الملتزم صعوبات أثناء التنفيذ ولم تكن متوقعة حينئذ لا مفر من تعويض الملتزم لمواجهة هذه الصعوبات لإعادة التوازن المالي لحالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد –وفي هذه الحالة فان "وسيلة" التعويض أو أساس الحكم يختلف باختلاف طبيعة الظرف غير المتوقع – ومن هنا ابتدع الفقه والقضاء نظريات ثلاث تكون أساسا لتعويض المتعاقد هي:- ١- نظرية فعل الأمير ٢- نظرية الظروف الطارئة ٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وخلاصة القول أن اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز بما يحمله من خصائص ذاتية يمثل في الأساس السبب أو المبرر في تقرير مبدأ التعويض في جميع الأحوال باعتبار أن التوازن المالي- كقاعدة عامه- يستهدف في المقام الأول الإبقاء على كيان عقد الامتياز كما روعي عند التعاقد حتى يسير المرفق العام يؤدى خدماته للمنتفعين به دون انقطاع أما "*وسيلة أو أساس الحكم*" بالتعويض فتتحدد وفق الظروف المتوقعة أو غير المتوقعة التي حدث فيها اختلال في عقد الامتياز .

القاعدة الثالثة : أن فكرة التوازن المالي ترتبط والنية المشتركة لطرفي العقد :

يتفق كثير من الفقهاء مع العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأن أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ترجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ويصدق هذا الاستنتاج لدى وجود نص صريح في العقد بضمان الإدارة لتوازنه المالي وهذا بالفعل هو المضمون الحقيقي للشروط الواردة بعقود امتياز

---

(٤٢٣)أنظر لمزيد من التفاصيل أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة ص٣٩٩ وما بعدها.

المرافق العامة والوثائق الملحقة بها في خصوص مراجعة الأسعار للملتزم وحينئذ نكون بصدد تفسير شروط العقد فيما يخص إعادة توازنه المالي.

و في حالة عدم النص صراحة في عقد الامتياز على هذا الضمان فإن مرجع الأخذ بفكرة التوازن المالي يرتد إلي مفهوم العدالة وصالح مرفق الامتياز ،وما هو مقرر للإدارة من حق إجراء تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالنقص بحيث لا يكون هناك ضرر ولا ضرار ،وبالتالي يصبح من العدل تعويض الملتزم عما يناله من ضرر بسبب تدخل الإدارة واستعمالها لسلطة التعديل المخولة لها قانونا.

هذا ومن الأهمية بمكان أن نسجل المبادئ التي أرستها محكمة القضاء الإداري في حكم شهير لها أوضحت فيه أن :[٤٢٤] " نظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعة كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون التعويض كاملا وتارة يكون جزئيا وأيا كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد أو اختلاف الرأي في مبرراتها فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد في الحقيقة إلي أصل واحد *وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري* كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة *وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح.*

وإن هذه المحكمة لترى من الخير - بمناسبة الدعوى - التنبيه إلي أن القواعد والأصول والنظريات التي وضعها الفقه والقضاء الإداري في هذا الشأن ، إنما كانت وليدة البحث والتقصي وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التي قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها ، وأن الإطار العام الذي دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير مذكورة ، حاصلها أنه

---

(٤٢٤) انظر أ. د. محمد أنس قاسم جعفر في العقود المرجع السابق ص ١٧٧ وما بعدها.

يجب أن يكون مفهومها أن حق جهة الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف ، يقابله من جانب المتعاقد معها أنه يهدف إلي تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه ، أو بما وضعة لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية ، ولكن هذا الوضع لا يعني أن يقف كل منهما إزاء الآخر موقف التربص والوجس وانتهاز الفرص ، أو موقف الطرف المتخاصم في نزاع إن ظل كامنا فهو خليق بأن يتحول في أية لحظة إلي دعوى تطرح أمام القضاء، بل إن الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها ، أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعى فيها الكثير من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية.

وهذا وذاك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات ، وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلي حسن التنفيذ وإنجازه في المواعيد المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها إلي أنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامة بالعمل جزاءه الأوفى وأجرة العادل.[٤٢٥]

ولذلك ينبغي ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبغي من تعاقده تحقيق ربح حلال ، إذ أن هذا حقه الذي لا ينازع فيه وهو لا ينقلب إلي صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة إلا منذ اللحظة التي ينحرف فيها عن الجادة ، ويتنكب سبل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أيا كانت وسائلة في ذلك - أو يسرف في طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة ، وفي هذه الحالة يكون من حق الإدارة أن تفسد علية سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنة الربح الحرام ، أو تنزل بأرباحه إلي الحد المعقول. لأن الأرباح الفاحشة إنما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة مع أن الأعمال التي تؤدى تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها على حساب المجموع ، ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة - مع حسن وزنة

---

[٤٢٥]حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠.

للأمور وسلامة تقديره واتخاذه الحيطة الواجبة - قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية ، وأمور لم تكن في الحسبان وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها ، أو يتعرض لمخاطر إدارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحدة كل الغرم وأن تسهم معه جهة الإدارة بقدر معين فتعوضه تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها ، تأسيسا على أنة ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها ، وبدون أي تعويض استنادا إلي نصوص العقد الحرفية ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر إلي جانب مجافاتة للعدالة فإنه لا يتفق والمصلحة العامة إذ ينتهي الأمر إلي إحدى نتيجتين إما إلي خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلا ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التي تنتهي إلي تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة للأعمال الإنتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فني ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة ،، *وإما أن يعمد هؤلاء إلي تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالي ضمن أسعار عطاءاتهم ، مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة* ، مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية إليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول .يضاف إلي ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد بثبوت حقها في تعديل العقد من جانبها وحدها وفي الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة وهي إذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ،

ولذلك فإنه تحقيقا للعدالة - يكون من حق المتعاقد مع الإدارة أن يعــوض تعويضــا عادلا عن الأضرار التي تلحق بمركزة التعاقدي أو تقلب ظروف العقد المالية على أثـو ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ذلك لأن إيثار ضرورات المرافق العامة على المصــالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعــاقد مع الإدارة وحدة عبء جميع هذه الأضرار وإنما لضرورة قيام التلازم بيــن مصــالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما وإلا انتهي الأمر إلي النتائج الســابق بيانها وهي لا تتفق مع المصلحة العامة بل هي لا تحققها في قليل أو كثير."

ولما كان اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز قد يحدث فــي ظــل ظــروف متوقعة أو غير متوقعة لهذا تنقسم الدراسة إلي ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف المتوقعة أو العادية "

المطلب الثاني

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة أو الاستثنائية "

المطلب الثالث

" التوازن المالي في عقد الامتياز بنظام الــ*B.O.T.* "

المطلب الأول

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في الظروف المتوقعة أو العادية "

تمهيد [٤٢٦]:

يحرص المتعاقدان على تضمين بنود عقد الامتياز شروطا تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في ضوء التغيير المتوقع في الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ خلال تنفيذ عقد الالتزام الذي تطول مدته، وقد ينشأ خلالها اختلال في توازنه المالي ، ولهذا تتضمن دفاتر الشروط والوثائق الملحقة بعقد الامتياز الأحكام المنظمة لإعادة النظر في المقابل المالي، والرسوم المستحقة للملتزم في ضوء المتغيرات المتوقعة .

ومن ناحية ثانية قد يتدخل المشرع في مجال إعادة التوازن المالي لعقود الامتياز في الظروف الاقتصادية العادية - حيث يؤكد على تقرير مبدأ إعادة النظر بصفة دوريه في المقابل النقدي المستحق للملتزم مع وضع ضوابط لتطبيقه، وفي أحوال أخرى يتدخل المشرع بصورة مباشرة ويضع ضوابط بإعادة النظر في المقابل المالي على نحو يقيد من حرية الطرفين في هذا الصدد ، ويتخذ التدخل مظهرين أساسين نعرض لهما في فرعين:

الفرع الأول

" مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية"

الفرع الثاني

" القيود التشريعية في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية "

---

[٤٢٦] أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامه –المرجع السابق ص٤٠٧ وما بعدها.

الفرع الأول
مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية

قنن المشرع المصري مبدأ إعادة النظر في الرسوم بموجب القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة -حيث نصت المادة الثانية منه على أن:"يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام" ،وجاء بالمذكرة الإيضاحية : " بأنه مع طول المدة التي يستغرقها تنفيذ عقد الامتياز ، فإنه يصعب تحديد قوائم الأسعار من بدء الالتزام على وجه ثابت لا يتغير، فمن الجائز بعد مضى وقت معين أن تصبح الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية التي أبرم عقد الامتياز في ظلها إما لأنها لا تكون كافيه كمقابل نقدي للمتعاقد يوازي التزاماته الناشئة عن عقد الامتياز وإما لأنها تنقلب عبئا ثقيلا يبهظ كاهل المنتفعين بخدمات المرفق العام محل الامتياز . لذلك رأى المشرع المصري النص صراحة على مبدأ إعادة النظر بصفة دورية كقاعدة عامه، مع ترك ضوابط تطبيق المبدأ وفقا للظروف الخاصة على حده بهدف الحفاظ على التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة .

وقد أشارت مدونة العقود الإدارية الفرنسية بمراجعة الثمن والرسوم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية" بأنه يدخل في اختصاص شعبة الثمن المنبثقة عن اللجنة المركزية للعقود اقتراح الصيغ النمطية الخاصة بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد على ضوء الشروط الواردة بالعقد في هذا الصدد وانطلاقا من المفهوم التعاقدي تقرر في الماده٧٨ و ٨٠ من المدونة "ضرورة النص في العقد على شروط مراجعة الثمن" و" في حالة احتواء العقد على نص خاص بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد فإن العقد ينبغي أن يشتمل على الأوضاع المحددة لمراجعة الثمن".

الفرع الثاني
" القيود التشريعية في إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية "

توجد قيود تشريعية في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل المتغيرات المتوقعة أو العادية ويبدو ذلك جليا في([٤٢٧]):

*<u>إجراءات وقف ارتفاع الأسعار</u>: قد يصدر المشرع أو السلطة الإدارية المفوضة قرارا بتثبيت أسعار جميع المنتجات والخدمات حتى تاريخ معين في ظل سياسة توجيه الأسعار من أجل حماية جمهور المستهلكين، مثل الذي قرره المشرع الفرنسي في تطوره التشريعي بالقانون الصادر في أكتوبر ١٩٤٠ في شأن تثبيت الأسعار ،وقد كان يبدو لأول وهله أن هذه القرارات والإجراءات ليس من شأنها وقف سريان الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المقرر للمتعاقد في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة، فترددت جهات الإدارة في تطبيق هذا القرار في المجال التعاقدي .

وقد أفصح مجلس الدولة الفرنسي حسما لذلك بضرورة تطبيق الإجراءات التشريعية الخاصة بوقف ارتفاع الأسعار في مجال الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد، <u>وأن لتلك الإجراءات تأثير من الناحية الواقعية، من شأنها وقف تنفيذ الشروط التعاقدية فمن غير المتصور في ظل سياسة توجيه الأسعار، أن يزيد الثمن أو الرسم عن الحد الأقصى المقرر بموجب الإجراءات التشريعية.</u>

* <u>إحلال الأسلوب الإداري لتغيير المقابل النقدي المستحق بدلا من الأسلوب التعاقدي :([٤٢٨])</u>وانطلاقا من سياسة توجيه الأسعار ، قد يري المشرع إحلال الأسلوب الإداري محل الأسلوب التعاقدي ، في خصوص تغيير المقابل النقدي المستحق للمتعاقد في ضوء التقلبات الاقتصادية المتوقعة، فلا يتغير المقابل النقدي تلقائيا طبقا

([٤٢٧])المرجع السابق ص٤١٣ وما بعدها.

([٤٢٨])"دى لوبادير" مطوله في العقود –المرجع السابق ص٣١٦ وما بعدها.

للمعدلات الحسابية المنصوص عليها في الشروط التعاقدية، وإنما يتم التغيير وفق معدلات حسابيه أخرى تستقل جهة الإدارة بتحديدها حيث قرر المشرع الفرنسي بالمرسوم الصادر في ٣٠يونيو ١٩٤٥:

" إحلال الأسلوب الإداري بدلا من الأسلوب التعاقدي بتغيير المقابل النقدي للمتعاقد في ضوء التقلبات الاقتصادية - وقد أقر مجلس الدولة مشروعية الإجراءات التحكمية، خاصة في مجال عقود امتياز الإنارة حماية للمستهلكين. فتحديد الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين يعد أمرا جوهريا ولصيقا باختصاص الإدارة وهي الجهة القوامة على تحقيق النفع العام."

هذا ويقول الفقيه "دى لو بادير "أن مرسوم ٣٠يونيو ١٩٤٥ المشار إليه- لم يؤثر على فاعلية الشروط العقدية المتصلة بمراجعة المقابل النقدي المستحق للمتعاقد ، فهذه الشروط إنما تستهدف تقرير مبدأ إعادة النظر في الثمن أو الرسم ، ولم يحدد فيها المعدلات الحسابية للتغيير بصورة تلقائية ، وعلى هذا الأساس فإن التغيير إعمالا لهذا المرسوم يتم إجراؤه حسب المعدلات الحسابية ،والتي تستقل جهة الإدارة بتحديدها تطبيقا لأحكامه ".

المطلب الثاني

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام في ظل الظروف غير المتوقعة "

تمهيد وتقسيم [٤٢٩]:

قد تطرأ أثناء تنفيذ عقد امتياز المرفق العام ظروف غير عاديه، تؤثر في اقتصاديات العقد على نحو يخل بتوازنه المالي ,وتقتضي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تبادر الإدارة المانحة بمساندة الملتزم لمواجهة تلك الظروف . بحيث يعاد للعقد توازنه المالي بالحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه ، من أجل ذلك ابتدع القضاء و الفقه ثلاث نظريات قانونية وهي :[٤٣٠]

١- نظرية فعل الأمير ٢- نظرية الظروف الطارئة.

٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

وإنه إزاء اختلاف الظروف غير المتوقعة التي تؤثر في اقتصاديات عقد الامتياز بات الدور الذي تؤديه كل نظريه في مجال إعادة التوازن المالي لهذا العقد واضحا وجليا ،فإذا كان الظرف غير المتوقع ناشئا بفعل الإدارة المانحة حينئذ يحصل الملتزم على تعويض كامل وفقا لنظرية فعل الأمير - وإذا كان الظرف غير المتوقع يتسم بطبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، ولم يكن للجهة المانحة دور في حدوثه ، يقع عليها التزام بنصيب في الخسارة التي لحقت بالملتزم بتعويضه جزئيا استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة ،أما إذا كان الظرف غير المتوقع جاء نتيجة صعوبات مادية اعترضت تنفيذ العقد فجعلته مرهقا استحق الملتزم تعويضا كاملا من الجهة المانحة وفقا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، ونشير في عجالة وبالقدر اللازم لمضمون كل نظرية مع إبراز القواعد والشروط الأساسية المتعلقة بالنظريات الثلاث في مجال إعادة التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام.

---

[٤٢٩] د. محمد سعيد حسين امين الأحكام العامه ص٤١٥ المرجع السابق.

[٤٣٠] من أبرز أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا الخصوص حكمها في ١٩٥٧/٦/٣٠ قضيه رقم ٩٨٣لسنة٧قانون السابق يراده-وتراجع المؤلفات الفقهية والأحكام والتعليقات المشار اليه في رسالة أ.د. محمد سعيد هامش ص٦٠٨

أولا :نظرية فعل الأمير:

يمكن تعريف "فعل الأمير" بأنه"تصرف قانوني غير متوقع صدوره من الجهة المانحة دون خطأ منها ، وينجم عنه اختلال في المركز المالي للمتعاقد معها مما يرتب التزاما عليها بتعويضه عن كافة الأضرار التي تصيبه في نحو يعيد لعقد الامتياز توازنه المالي والاقتصادي وفق الحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه.

"ويذكر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر" بأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي الراجحة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري كأساس لنظرية عمل الأمير فيقول(٤٣١) :

" ونحن من جانبنا نؤيد هذه الفكرة لأن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها ، اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ،بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهي تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلي الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلي ما كان علية ذلك أن حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بحيث يكون للإدارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه في العقد ، ومن ثم يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل.

ولا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسير المرفق وبغير مقابل، بل الطبيعي أنه قرر طبقا لتقديراته *أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم* فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدرة عند إبرام

---

(٤٣١)انظر مؤلف سيادته في العقود الإدارية – المرجع السابق ص ١٧٩ وما بعدها .

العقد ... ومن الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة ، كما أنه من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الإدارة المصلحة العامة ، فانه لا يكون للمتعاقدين وجه للشكوى في حالة التعديل إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند ابرام العقد.

وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها، فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات فان الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعا لذلك حتى يظل التوازن المالي للعقد قائما ، إذ أن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون حاجة إلي النص على ذلك في العقد ، ولأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحدة عبء التعديل ويحرم علية الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد كما أن إيثار المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقدين مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحدة جميع الأضرار الناشئة عن التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ، لانتهي الأمر من الناحية العملية إلي أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة، فيبرم مع الإدارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلي خسارة محققة لا سبيل إلي تعويضها " .

وفي مجال تطبيق نظرية فعل الأمير يبلغ تصرف الإدارة حدة الطبيعي في الإجراءات المباشرة التي تتخذها الجهة المانحة للامتياز بما تملكه من سلطة تعديل شروط عقد الامتياز وفق ضوابط معينه دون الرجوع للملتزم فتعدل في نظام المرفق العام، أو في قائمة الأسعار المحددة بالعقد سلفا، أو تزيد أو تنقص من التزامات المتعاقد معها، إلا أنه حفاظا على مقومات التوازن المالي لعقد الامتياز واعتبارات النفع العام، يتعين على الإدارة أن تبادر بتعويض الملتزم تعويضا كاملا عما تسببه سلطة التعديل من أضرار.

وقد يبلغ التدخل من جانب الإدارة في مجال تنفيذ عقد الامتياز صورة غير مباشرة تتمثل في الإجراءات التي تتخذها سلطة الضبط الإداري لصيانة النظام العام. كإلغاء ترخيص شغل طريق أو منع تشغيل الاجانب .. الخ ويميز القضاء الإداري

بين حالة الإجراء الخاص الذي يؤثر بصورة غير مباشرة على عقد الامتياز- حينئذ تتحمل الجهة المانحة بتعويض الملتزم تعويضا كاملا عن الأضرار التي أصابته بالتطبيق لنظرية فعل الأمير.

أما في حالة الإجراء العام كصدور تشريع أو لائحة مالية برفع الرسوم الجمركية ،فلا يجوز للملتزم -كأصل عام - أن يطالب قانونا بالتعويض عما أصابه من أضرار استنادا إلي نظرية فعل الأمير لكون الملتزم يتساوى مع غيرة في تحمل الأعباء والتكاليف العامة - ومع ذلك يجوز له المطالبة بالتعويض استنادا لهذه النظرية إذا كان من شأن هذا الإجراء التأثير في أمور جوهرية كانت هي الأساس في التعاقد أو أنها قد أثرت على عقد الامتياز ذاته بالغائه- إذ لا يقر القضاء الفرنسي مبدأ التعويض عن الإجراءات العامة التي تؤثر على ظروف التعاقد إلا إذا نتج عنها ضرر خاص للملتزم.

وفي ضوء ما تقدم يمكن حصر الشروط ،والقواعد الأساسية لانطباق نظرية فعل الأمير في مجال إعادة التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام، وفقا لأحكام القضاء الإداري في البنود التالية :([432])

١-أن نكون بصدد عقد من العقود الإدارية لأن نظرية فعل الأمير ترتد إلي فكرة القانون الإداري الذي لا مقابل له في القانون الخاص.

٢-أن يكون الفعل الضار قد جاء نتيجة تصرف قانوني صادر من الجهة مانحة الامتياز وليس من جهة إدارية أخرى.

٣-أن ينشأ من تصرف الجهة المانحة ضرر خاص للملتزم سواء كان جسيما ،أو يسيرا أو مجرد نقص في الربح الذي عول علية الملتزم عند إبرام عقده.

٤-أنه لا يلزم لتطبيق هذه النظرية وجود خطأ من الإدارة حين يصدر عنها ثمة تصرف يضر بالملتزم -لأنه لا قيد عليها في تصرفاتها كسلطة عامه هدفها النفع العام فإن هي تصرفت وفق سلطتها المشروعة ونشأ عن ذلك ضرر للملتزم فلا تترتب عليها المسئولية في حدود هذه النظرية ،وإن كانت تعد مسئولية عقدية إلا أنها مسئولية عقديه بلا خطأ *Responsablite contractuelle sans faute* فإذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ.

([432]) راجع الأحكام والفتاوى الصادرة من مجلس الدوله – موسوعة العقود الإداريه للمستشار حمدى ياسين ص ٣٢٢.

٥-أن يكون الإجراء الصادر من الجهة المانحة غير متوقع.

وهنا يبرز تساؤل: كيف يتصور توافر هذا الشرط الأخير والملتزم يعترف بسلطة الإدارة في إجراء تعديل التزاماته في أي وقت ودون الرجوع إليه ؟.والرأي الراجح في هذا المقام "أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلي اصل حق الإدارة في التعديل المنفرد- فهذا أمر متوقع والعلم به دائما يفترض *ولكن هذا الشرط ينصرف إلي حدود التعديل ومداه*- فإذا كان عقد الامتياز يتضمن نصوصا عن كيفية إجراء التعديل وحدوده ومداه – فإن نظرية فعل الأمير لا تنطبق [٤٣٣] ، وبالعكس تنطبق النظرية إذا كان العقد خاليا من النصوص المنظمة لممارسة هذا الحق [٤٣٤] .

٦- ألا تتجاوز الأعباء الناشئة عن فعل الأمير حدودا معينة بحيث لا يترتب على تلك الأعباء خلق ظروف جديدة تجعل الملتزم وكأنه أمام عقد امتياز جديد، تغير فيه موضوع العقد أو محله أو تتجاوز فيه حدود الإمكانيات الفنية أو المالية أو الاقتصادية للملتزم، إذ أن الملتزم حينئذ قد لا يكفيه المطالبة بالتعويض الكامل ويطالب بحقه في فسخ العقد وإنهائه .

ثانيا : نظرية الظروف الطارئة : [٤٣٥]

المسلم أن نظرية الظروف الطارئة في مجال تنفيذ عقد امتياز المرفق العام هي من ابتكار رجال الفقه والقضاء الإداري، ومناط تطبيقها أن تتحقق الظروف التي تطرأ على عقد امتياز المرفق العام أثناء تنفيذه بسبب أعمال جهات اداريه غير الجهة المانحة ، أو إنسان آخر، أو نتيجة حوادث طبيعية ، أو تقلبات اقتصادية لم تكن في حسبان الملتزم عند التعاقد لا يملك لها دفعا ، وأنزلت به خسائر فادحه اختل معها التوازن الاقتصادي والمالي لعقد الامتياز اختلالا جسيما ، فإن ذلك يلزم الجهة المانحة بأن تشارك الملتزم في تحمل نصيب من الخسارة طوال قيام الظرف الطارئ.[٤٣٦]

---

[٤٣٣] إذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت النظريه رسالة أ.د. ثروت بدوي ص ١٢٩.

[٤٣٤] حكم الإداريه العليا ١٩٦١/٥/٢٠ السنة ٦ ق ص ١١٣٣ وحكمها في ١٩٦٨/٥/١١ س١٣ ص٨٧٤وفي ١٩٧٢/٦/١٧س١٧ ص٥٧٦ وقد أجملت الأحكام الشروط الستة التي أوردناها.

[٤٣٥] أنظر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية المرجع السابق ص١٦٣ و ما بعدها .

[٤٣٦] حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٢١ يونيو ١٩٥٤ مجلة المحاماة السنة٣٥ العدد الثاني ص٣٥٩.

ومؤدى تطبيق النظرية بعد توافر شروطها إلزام الجهة المانحة بمشاركة الملتزم في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ، لتنفيذ العقد وانتظام سير المرفق العام في خدمه المنتفعين به، ويقتصر دور القاضي على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له سلطة تعديل الالتزامات التعاقدية.

وتنحصر الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في ضوء توافر أربعة شروط أساسية :

الشرط الأول : يتعلق بطبيعة الظرف الطارئ فقد ذهب الرأي التقليدي إلى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون اقتصاديا تمييزا له عن النظريتين الأخريين وهما نظرية فعل الأمير التي تحمى الملتزم في مواجهه المخاطر الإدارية ، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يلجأ إليها لمواجهة المخاطر الطبيعية .

وهذا التقسيم الثلاثي يعد صحيحا في خطوطه العامة إلا أنه تقسيم نسبى نظرا لتدخل الدولة في العديد من ميادين النشاط وتداخل الصور الثلاث فيما بينها حيث تطبق نظرية الظروف الطارئة لأسباب اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة.

ومن أمثلة الأسباب الاقتصادية ارتفاع الأسعار ارتفاعا يجاوز الحدود القصوى المتوقعة وللأسباب الطبيعية- حين يصادف الملتزم طبقات مائية ذات أهمية بالغة في أعمال الإنشاءات اللازمة لعقد الامتياز، وبسبب فعل الإدارة لعدم استطاعة الجهة المانحة رفع الرسوم المقررة في عقد الامتياز بسبب التنظيم الجريء للأسعار أو تغيير في التعريفة الجمركية أو تعديل الضرائب أو ارتفاع سعر العملة أو ارتفاع ثمن سلعة بسبب الحرب[٤٣٧].

والحقيقة أن المخاطر التي تلحق بالملتزم بالتطبيق للنظريات الثلاث كل على حدة تصيب مرفق الامتياز بأضرار اقتصادية ، وبهذه المثابة يكون السبب الاقتصادي عاملا هاما في النظريات الثلاث ،وليس سببا خاصا بنظرية الظروف الطارئة وحدها

---

[٤٣٧] المستشار حمدى ياسين عكاشة – موسوعة العقود المرجع السابق ص٣٣٢و يراجع: د٠عبد المجيد فياض – العقد الإداري في التطبيق العملى ص٢٩٠–،(حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير بتاريخ ٣٠ مايو ١٩١٦ في قضية عقد امتياز (*cie declarage de Bordeaux*)،حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٨٦–١٠ ق بتاريخ ٢٥/١١/١٩٦٧/١٣/١٩/١٢١)

،وفي تصورنا أن التقسيم الثلاثي التقليدي إنما يرجع إلي ماهية المخاطر من خلال مصدرها، وليس بسبب الآثار الناجمة عنها.

الشرط الثاني : استقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين:فلا يستطيع الملتزم المطالبة بالتعويض استنادا إلي نظرية الظروف الطارئة إذا كان الملتزم هو المتسبب في الحادث الطارئ أولم يبذل أي جهد لتوقى نتائجه الضارة أما إذا كان الحادث الطارئ بفعل الإدارة فان النظرية تستبعد بحسب الأصل وتطبق نظرية فعل الأمير.

الشرط الثالث :أثر الظروف الطارئة على اقتصاديات العقد :أن يكون من شأن الحادث الطارئ قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، فلا يستطيع الملتزم المطالبة بالتعويض لمجرد الانخفاض البسيط في الفائدة المالية التي تعود عليه ،وإنما يشترط أن يتجاوز الضرر الموجب للتعويض الحدود المعقولة للمخاطر العادية على نحو يختل معه التوازن المالي للعقد اختلالا عميقا – ولا تنطبق النظرية إذا ترتب على الظرف الطارئ قلب اقتصاديات العقد نهائيا فذلك يكون بمثابة القوة القاهرة [٤٣٨] .

الشرط الرابع: أن يطرأ الظرف الطارئ خلال سريان مدة العقد حيث يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ عقد الامتياز، أو في فترة تجديده ،وليس بعدها طالما أن الإدارة لم توافق على تجديد مدة العقد [٤٣٩].

ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[٤٤٠]:

تبدو أهمية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أكثر ما تبدو في عقود الأشغال العامة ولكنها ذات نطاق عام تنطبق على كافة العقود الإدارية بما في ذلك عقد الامتياز[٤٤١]،ومفادها أنه عند تنفيذ العقد الإداري قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تكن في حساب وتقدير الطرفين عند التعاقد. فتجعل التنفيذ أشد وطأة

---

[٤٣٨]دكتور عبد المجيد فياض – العقد الإداري المرجع السابق ص٢٩٤ وحكم مجلس الدولة الفرنسي في ٨نوفمبر ١٩٤٤المجموعة ص٢٨٣ ، حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٧٢/٦/١٧–س ١٧ ص٥٧٦)

[٤٣٩]المستشار حمدي ياسين عكاشة موسوعة العقود المرجع السابق ص ٣٣٦–(حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٩ديسمبر ١٩٣٢ في قضية شركة ترام شيربورج المجموعة ص١٠٥٠) .

[٤٤٠]ا. د. محمد سعيد الأحكام العامه ص٤٢٣.(المحكمة الإدارية العليا– الطعنان ٨٤٣،٢٦/٩٢٢ق عليا جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠)–(الطعن–جلسة ١٩٦٢/٦/٩س ٧ ص ١٠٢٤)

[٤٤١]يحوى عقد الامتياز أشغالا عامه في غالب الأحوال.

وأكثر كلفة على المتعاقد، وعلى ذلك يجب تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي حاقت بالمتعاقد على أن تتحقق كافة شروط النظرية الموجبة للتعويض، ويشترط أن تتميز الصعوبات بسمات معينة نوجزها في[٤٤٢] :

١-أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية: وترجع في أغلب الحالات إلي ظواهر طبيعية مثل طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها أعمال الإنشاءات كأن تتكشف الأرض عن طبيعة صخرية ولم تكن محل حسبان عند التعاقد- ولذلك لا تعد كل عقبة تصادف المتعاقد صعوبة مادية.[٤٤٣]

٢-أن تكون الصعوبات مستقلة عن إرادة المتعاقدين :يفترض في الصعوبات المادية ألا تكون من عمل الإدارة فإذا كانت الصعوبات ترجع إليها استبعدت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من التطبيق مع احتمال تطبيق قواعد مسئولية الإدارة على أساس الخطأ أو استنادا إلي نظرية فعل الأمير ،ويفترض كذلك ألا يكون للمتعاقد دخل في إحداث تلك الصعوبات ،أو زيادة آثارها،على أن يثبت أنه لم يكن في وسع المتعاقد توقع آثار تلك الصعوبات بالوسائل المتاحة لدية وأنه لم يخرج عن الشروط في العقد أثناء تنفيذه.

٣-أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد:من الطبيعي أن يبذل المتعاقد الجهد المعقول للإحاطة بكافة الصعوبات المادية المحتمل مصادفتها عند التنفيذ ، ويضع قاضي العقد في اعتباره مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص- ذلك أن مبدأ حسن النيه في التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة ما لديها من معلومات تحت تصرف الطرف الآخر ومعاونته في الوصول إلي تلك الغاية- فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك حكم القاضي بتعويض المتعاقد -أما إذا قصر وكان في وسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد حكم القضاء برفض طلبه التعويض[٤٤٤].

---

(٤٤٢)انظر أستاذنا الدكتور محمد الس قاسم جعفر – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة طبعة مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية ١٩٩٥ ص١٨٦ دكتور عبد العظيم عبد السلام الر تطور الظروف الطارئة والصعوبات الماديه على تنفيذ العقد الإداري-اللواء للتوزيع والنشر شبين الكوم١٩٩٠-ص١٠٧.

(٤٤٣)المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٦٩٥ ق عليا جلسة ١٩٨٢/٩/٢٠).

(٤٤٤)الإدارية العليا طعن ٣١١-١١ق-١٠٣/١٤-٧٧٨/١جلسة ١٩٦٩/٦/١٤وطعن رقم ٢٤/٦٩٥جلسة ١٩٨٢/١/٢٠) بشرط توافر الوضوح والشفافية في مرحلة إبرام عقد الامتياز حسبما توضح في الباب الأول.

٤-أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت :ينبغي أن تكون الصعوبات غير مألوفة ،وتخرج عن المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد عادة وللقاضي تقدير ما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية.

٥-أن يحدث إخلال باقتصاديات العقد في العقود الجزافية:يضيف مجلس الدولة الفرنسي شرطا خاصا بالنسبة للعقود الجزافية *Les marches a forfait* تلك التي تتضمن تحديدا لكميه الأعمال المطلوبة تحديدا إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعة من ثمن يقابلها - فهذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق النظرية بشرط أن يكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد، بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد.

وبصفة عامه قضي مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بوجوب أن يكون التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة شاملا كاملا لجبر الخسارة التي تلحق بالمتعاقد[٤٤٥]

ونظرا لاختلاف الدور الذي تؤديه كل من النظريات الثلاث في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بصفة عامة ،ولعقد الامتياز بصفة خاصة ، وانفراد نظرية الظروف الطارئة بدور مستقل ومتميز عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة نتناول موضوعات هذا المطلب في فرعين :

الفرع الأول :

" مدى مساهمة نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة "

الفرع الثاني :

" مدى مساهمة نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة "

---

(٤٤٥) حكم في ٣٠ يوليو ١٩٤٨ في قضية *Min de la guerre* المجموعة ص ٣٥٩ -وحكم الإداريه العليا رقم ٤٤٠ س١٣ق ١٧ يناير ١٩٧٠ المجموعه ص١٤٠.

الفرع الأول

" مدى مساهمة نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة "

تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلي تحرير المتعاقد من التزاماته - فالظرف الطارئ لا يعفي المتعاقد من التزاماته بل يفرض عليه الاستمرار في التنفيذ رغم وقوع الحادث الطارئ وإن كان مرهقا إلا أنه ممكن - وهذه الفكرة تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي. وفقا للحكم المنشئ لها في قضية غاز بوردو الصادر في ٣٠ مارس ١٩١٦([٤٤٦]) وذلك بتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة لأن كل إخلال فيها لن يضار من ورائه إلا المنتفعون بخدمات المرفق العام محل عقد الامتياز .([٤٤٧])

وعليه تلتزم الجهة المانحة بالمساهمة بنصيب من الخسارة التي أحاقت بالملتزم طوال استمرار الظرف الطارئ حفاظا على التوازن المالي للعقد ، وحتى يتمكن الملتزم من الوفاء بالتزاماته رغم الظرف الطارئ *ويتجلى ذلك أساسا في التزام جهة الإدارة بتقديم المعاونة المؤقتة للملتزم* طوال الظرف الطارئ وفقا لضوابط معينة نبرزها في بندين هما:

أولا

حق الملتزم في المعاونة المؤقتة من الإدارة طوال فترة قيام الظرف الطارئ.

ثانيا

قواعد المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا إلي نظرية الظروف الطارئة.

([٤٤٦]) الحكم والتعليق عليه – مجموعة الأحكام الكبرى للقضاء الإداري طبعة ١٩٨٤ ص١٢٩وما بعدها.

([٤٤٧]) أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسين امين في الأحكام العامه – المرجع السابق ص٤٢٧وما بعدها.

أولا :"حق الملتزم في المعاونة المؤقتة من الإدارة طوال قيام الظرف الطارئ" [448]

جرى تقنين فكرة الظروف الطارئة في مصر بموجب المادة ٢/١٤٧من القانون المدني ،والمادة السادسة من القانون رقم ١٢٩لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة، و لكن سلطة القاضي لمواجهة الظروف الطارئة ليست واحدة في القانونين ، فالقاضي المدني يستطيع أن يعدل من التزامات المتعاقد طبقا لقواعد العدالة عندما لا يجد نصا في العقد[449] في حين أن القاضي الإداري لا يمكنه سوى الحكم بتعويض الملتزم وفق ضوابط معينة ، ونتعرض لدراسة : دور القاضي وسلطاته ، ضوابط تقدير التعويض المستحق ، الطابع المؤقت لتعويض الملتزم .

١) دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظروف الطارئة: طبقا لأحكام المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يملك القاضي لمواجهة الظروف الطارئة رد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول عن طريق الموازنة بين مصالح المتعاقدين كما يجوز له أن يحكم بوقف التنفيذ مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل ولكنه لا يستطيع في هذه الحالة أن يحكم بفسخ العقد لأن النص لا يخوله ذلك أما دور القاضي الإداري في عقد الامتياز فإنه إعمالا للقاعدة العامة لا يستطيع القاضي أن يأمر الإدارة بعمل معين، فلو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة وهذا غير جائز، ولكنه يملك فقط سلطة الحكم بالتعويض ومع ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي أحدث تطورا محمودا عن طريق اللجوء إلي حل وسط في محاولة لرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول عن طريق دعوة كل من الإدارة والملتزم لإجراء اتفاق ودي ولا سبيل أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض في حالة عدم التوصل إلي اتفاق بينهما وبهذه المثابة يعد الحكم بالتعويض حلا احتياطيا *Subsidaire*.

فعقد امتياز المرفق العام يتضمن شروطا معينه والتزامات محددة تستهدف تحقيق مصلحه عامه فإذا ما أتيح للقاضي اجراء تعديل عليها رغما عن الإدارة. فان

---

[448] استاذنا الدكتور /محمد سعيد حسين امين الأحكام العامه المرجع السابق ص٤٢٩ وما بعدها .

[449] استاذنا الدكتور /السنهورى في الوسيط المرجع السابق ص٦٣٠.

المصلحة العامة سوف تكون معرضه للخطر - ذلك أن اعتبارات النفع العام تستوجب أن تظل شروط عقد الامتياز والتزاماته نافذة حتى تقبل الإدارة تعديلها مختارة بعد تأكدها مليا بأن المصالح العامة لن تضار من جراء هذا التعديل - وهذه الاعتبارات لا محل لها في القانون الخاص إذ يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته.(٤٥٠)

وانطلاقا من هذا المنظور قرر المشرع المصري - في تطوره التشريعي - بموجب المادة السادسة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلي الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلي تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلي القدر المقبول " - وبذلك لم يجعل المشرع سلطة التعديل للقاضي كما هو الشأن في المادة ١٤٧ من القانون المدني - إنما خولها لجهة الإدارة بوصفها القوامة على تحقيق النفع العام.

٢) ضوابط تقدير التعويض المستحق للملتزم : يرتبط التعويض المستحق للمتعاقد وفق أحكام نظرية الظروف الطارئة بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة ولعقد الامتياز بصفة خاصة، فإذا طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها إرهاق الملتزم- فينبغي على الإدارة أن تهب لمعاونته للتغلب على تلك الظروف ليتمكن من الوفاء بالتزاماته ، وبالتالي استمرار المرفق في أداء خدماته المعتادة بانتظام ودون توقف وعلى ذلك يرتبط التعويض بصالح مرفق الامتياز وأيضا بفكرة العدالة .(٤٥١)

وفي تقدير التعويض المستحق للملتزم طبقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة ، يستعين القضاء في تقديره بخبراء متخصصين في مجال نشاط مرفق الامتياز، ومع ذلك فان ثمة عوامل ثلاثة تؤثر في تقدير التعويض حيث يلجأ القاضي إلى تحديدها وهي:

---

(٤٥٠) استاذنا الدكتور المرحوم العميد الطماوى- في العقود المرجع السابق ص٦٣١.

(٤٥١) في هذا المعنى حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٧٢ مجموعة المبادئ القانونية في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥- ١٩٨٠ في العقود الإدارية ص ٧٠

أ)تحديد بداية الظروف الطارئة: من الأمور البالغة الأهمية تحديد تاريخ وقوع الحادث الطارئ حيث يبدأ من هذا التاريخ حساب الخسائر ، وتحديد الوقت الذي جاوز فيه ارتفاع الأسعار الحد الأقصى على نحو لم يكن في الحسبان توقع حدوثه عند إبرام عقد الامتياز، ويعتد القضاء الفرنسي في حساب التعويض بتاريخ وقوع الحادث، ولا يأخذ في اعتباره تاريخ المطالبة القضائية كما يعفي الملتزم من ضرورة اعذار جهة الإدارة كشرط من شروط التعويض.

ب).تحديد الخسارة التي لحقت بالملتزم من الظروف الطارئة: لا يتناول التعويض ما فات الملتزم من كسب *ولا يشمل كامل الخسارة* التي لحقته من جراء الظرف الطارئ ، بل يقع جزء منها على الملتزم، *وتتحمل الإدارة النصيب الأكبر من* الخسارة، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يحكم للملتزم وفق أحكامهما بتعويض كامل عن جميع خسائره دون أن يتحمل شيئا منها.

وفيما يتعلق بتحديد الخسائر الناجمة عن الظرف الطارئ فانه يتم عن طريق إجراء موازنة بين أرباح الملتزم وخسائره طوال فترة قيام الظرف الطارئ وقد استقرت أحكام المجلس الفرنسي على تقدير الخسائر وفقا للاعتبارات الآتية:[٤٥٢]

* يعتد في حساب الأرباح والخسائر بالنتائج الفعلية لاستغلال المشروع محل التعاقد ،فلا يجوز أن يدخل في حساب أرباح الملتزم وخسائره ما كان يمكن أن يعود عليه إذا قام بعمل معين .

* لا يدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حققها الملتزم قبل حلول الظروف الطارئة، كما أنه عند حساب الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل التي قد يجنيها الملتزم عقب زوال الظرف الطارئ وإذا طالت فترة الظروف الطارئة إلي بضع سنوات ، حقق الملتزم خلال سنه أو سنوات منها أرباحا معينه فإن تلك الأرباح لا تستنزل من الخسائر النهائية للفترة كلها .

* ما يتحمله الملتزم من خسائر قبل بداية الظرف الطارئ لا يجوز المطالبة بالتعويض عنها بل يتحملها كنوع من المخاطر العادية حيث تستنزل من الخسائر

(٤٥٢) انظر استاذنا الدكتور محمد سعيد حسين امين في الأحكام المرجع السابق ص٤٣٦ وما بعدها.

النهائية التي تترتب عن الظرف الطارئ وبذلك لا تشارك الإدارة إلا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار.

* عند حساب الخسائر الناجمة عن الظرف الطارئ يحتسب الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الطارئة وفقا لاعتبارات العدالة وصالح المرفق العام، فالتيسير على الملتزم ومعاونته للتغلب على الظروف الطارئة أمر يعود بالنفع على جمهور المستفيدين من خدمات مرفق الامتياز ، وتصبح فكرة الحد الأقصى للأسعار المعقولة شرطا لقيام الظرف الطارئ.

* يخصم من قيمه الخسائر الفعلية التي تحملها الملتزم نتيجة الظرف الطارىء ، ما يرجع إلي أخطائه في تنفيذ العقد كإهماله أو عدم اتباعه للوسائل الفنية المسلم بها في مراحل التنفيذ .

* وأخيرا فإنه عند إجراء موازنة بين الإيرادات والمصروفات طوال فترة قيام الظروف الطارىء يدخل في حساب إيرادات الملتزم كل ما يحصل عليه من مقابل نقدي نظير تنفيذه للالتزامات التعاقدية سواء أكانت التزامات اصليه أو تبعيه أما فيما يتصل بمصروفاته فإنها تشمل كل ما يتحمله الملتزم بسبب تنفيذ التزاماته التعاقدية كالنفقات العامة لإدارة المشروع محل الامتياز وأجور العمال والموظفين ونفقات استهلاك الآلات والمباني ورأس المال ونفقات التأمين العادية والرسوم المفروضة على الملتزم ،وينبغي أن تكون الخسارة الناشئة عن الظروف الطارئة واضحة متميزة كما يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد النظر إلي عناصره بوصفها وحدة متكاملة .

وفي هذا المعنى تقرر المحكمة الإدارية العليا:

"أن تكون الخسارة واضحة متميزة ويجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحده متكاملة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلي أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلي الخسارة ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات

العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد".([٤٥٣]).

ج)توزيع عبء الخسارة بين الملتزم والإدارة: من أبرز آثار نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز توزيع أعباء الخسارة الفادحة الناجمة عن الحادث الطارئ بين الإدارة والملتزم وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تتحمل جهة الإدارة النصيب الأكبر في تلك الخسائر بحيث لا تزيد نسبه الخسائر التي يتحملها الملتزم عن ٢٠% ويراعى المجلس جمله اعتبارات معينه كموقف الملتزم في مواجه الظروف الطارئة ومدى الجهد المبذول من جانبه للتغلب عليها والحالة الاقتصادية العامة للمشروع محل الامتياز ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة عموما ومدى سهوله أو تعنت جهة الإدارة في معاملة الملتزم.

٣)الطابع المؤقت لتعويض الملتزم في مواجهة الظروف الطارئة :([٤٥٤]) تستهدف نظرية الظروف الطارئة مواجهة عقبات مؤقتة مصيرها إلي زوال ،بتمكين الملتزم من التغلب عليها حتى تعود الظروف إلي الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها في ضوء حالتين :

أ) الحالة الأولي: نهاية الظروف الطارئة وعودة التوازن المالي لعقد الامتياز : وفيها يستعيد عقد الامتياز توازنه المالي بتحقق أمرين هما :

* بناء على زوال الظروف الطارئة كانخفاض الأسعار إلي مستواها الطبيعي أو إلغاء القيود الاقتصادية التي تعوق تنفيذ العقد ، ينتهي الظرف الطارئ نهاية مستقلة عن إرادة المتعاقدين .

* أن تقبل جهة الإدارة إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء الظروف الطارئة التي تواجه تنفيذ العقد حيث تقبل زيادة الرسوم بما يحقق للعقد توازنه المالي ، وبذلك تتحلل الإدارة من التزامها بالتعويض.

([٤٥٣]) حكمها بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٧٢ المجموعة السنة السابعة عشر ص ٥٧٧ كما يراجع حكمها بتاريخ ١٦ مايو ٠٠- ١٥ الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ق.

([٤٥٤]) سندن بدكتور محمد سعيد حسين أمين الأحكام العامه المرجع السابق ص٤٣٩ وما بعدها.

ب)الحالة الثانية :استمرار الظرف الطارئ مع استحالة الحفاظ على التوازن المالي لعقد الامتياز: قد يختل التوازن المالي لعقد الامتياز بصوره نهائية بحيث لا يتمكن الملتزم من الاستمرار في التنفيذ إلا بمعاونه دائمة من الإدارة .

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تتسم بطابعها المؤقت ،لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد عدل في هذه الحالة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتمس حلا آخر هو فسخ العقد بمقتضى حكمه الشهير في قضية ترام شاربورج بتاريخ ٩ديسمبر ١٩٣٢ حيث وضع الإجراءات الكفيلة بمعالجه حالة استمرار الظرف الطارئ على النحو التالي :

* إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب من القاضي تسجيل تلك الحالة وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتعويض.
* على المتعاقدين محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة كمحاولة الاستعاضة عن وسائل النقل القديمة في عقود الامتياز بوسائل حديثه تعيد للمرفق توازنه الاقتصادي.
* إذا عجز الطرفان عن الوصول إلي حل من شأنه عودة التوازن المالي للعقد الإداري ، فلا مناص من الحكم بفسخ العقد بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد وقد يصحب الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة أحدهما.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي استمرار الظرف الطارئ على النحو المتقدم من قبيل القوه القاهرة استنادا إلي أن الحكم في الحالين هو فسخ العقد والتي اصطلح على تسميتها بـ" القوة القاهرة الإدارية ": *La force majure adminstrative* . وفي نطاق القوة القاهرة بمفهومها التقليدي يفسخ العقد نتيجة لتعرض الملتزم لصعاب يستحيل معها تنفيذه ،بينما في حالة " القوة القاهرة الإدارية " يحكم القاضي بالفسخ لمجرد قلب التوازن المالي بصورة نهائية- تتجاوز القدر المعقول الذي قدرة الطرفان لحظة ابرام العقد.

ثانيا :قواعد المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا إلـــى نظريـــة الظـــروف الطارئة :

إذا توافرت شروط تطبيق النظرية ، وثبت للمتعاقد حق في التعويض الجزئـي (المؤقت) فإنه يجوز الاتفاق في شأن تنظيم أوضاعه.

التنظيم الاتفاقي للتعويض وحدوده :بالنظر إلي التقلبات الاقتصادية والنقدية التي قـد تواجه تنفيذ العقد ، تحرص الإدارة على تضمين عقود الامتيـــاز شـــروطا متنوعـة لمواجهة تلك التقلبات ومن صورها:

أ)الاتفاق في عقد الامتياز على إعفاء الإدارة من المسئولية عن الحادث الطارئ :كـأن تضع جهة الإدارة شرطا في عقد الامتياز يحول دون التمسك بنظرية الظروف الطارئة حيث يمتنع على الملتزم المطالبة بأي تعويض عن الظروف الطارئة في حالــة قبـول هذا الشرط .

غير أنه طبقا للتطور الحاصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن الاتفاقـات السابقة لا تحول بين الملتزم والمطالبة بالتعويض، وقد اعتبر المجلس تلك الاتفاقــات مجردة من أي أثر ، ذلك أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تعد من قواعد النظلم العام فالنظرية لا تجد سندها فقط في فكرة العدالة وإنما تهدف أيضا إلي تمكينه من التغلـب على تلك العقبات بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وفي هذا المسار أكد المشرع المدني المصري والقضاء الإداري مـدي الصلـة الوثيقة بين أحكام نظرية الظروف الطارئة وقواعد النظام العام حيث تقضـــى المـادة ١٤٧مدنى في فقرتها الثانية ببطلان كل اتفاق مخالف لأحكام هـــذه النظريـــة كمـا صاغها المشرع ، فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للعقود المدنية غـــير ذات الصلـة بصوالح المرافق العامة فإن الحكم يكون من باب أولى بالنســـبة للعقـود الإداريـة الوثيقة الصلة بالمرافق العامة وهذا بالفعل ما أكدته محكمة القضـــاء الإداري حيـث قررت أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع شرطا في العقد يحول بيـــن المتعـاقد وبيـن

التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ إذا وقع أيهما وتكاملت شرائطه فشرط إعفاء الإدارة من المسئولية عن الظرف الطارئ يعد غير مشروع ولا يعتد به.[٤٥٥]

ب) الاتفاقات الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد على ضوء التغيير المتوقع في الظروف الاقتصادية للعقد :جرى العمل على إدراج بعض الشروط في عقود الامتياز أو في الوثائق الملحقة بها يكون الهدف منها مراجعة الأسعار والمقابل النقدي المقرر للملتزم على ضوء التغييرات الاقتصادية فإذا طلب الملتزم التعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة ، يميز مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذه الشروط بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا تعذر تطبيق الشروط الواردة بالعقد في خصوص مراجعة المقابل النقدي المستحق للملتزم بسبب التدخل التشريعي كما لو أصدر المشرع إجراءات معينه بهدف تجميد الأسعار أو وقف ارتفاعها ، يملك الملتزم استنادا إلي أحكام نظرية الظروف الطارئة المطالبة بالتعويض .

الحالة الثانية : إذا لم تسعف الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المقرر في إعادة التوازن المالي عندما تتجاوز التقلبات الاقتصادية التي تصادف التنفيذ القدر الذي توقعه الطرفان لحظة إبرام العقد عندئذ يستطيع الملتزم استنادا إلي أحكام نظرية الظروف الطارئة المطالبة بالتعويض الذي يتجاوز في مقداره الحد المقرر بمقتضى الشروط التعاقدية.

والملتزم وإن كان يملك المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة في الحالتين السابقتين فلا يجوز له الجمع بين التعويض الاتفاقي المقرر بمقتضى شروط العقد والتعويض القضائي بل ينحصر حقه في الحصول على التعويض الأعلى.

ج) اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد عند تحقق الظرف الطارئ:إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط الملحق به نصا يخول الملتزم الحق في طلب فسخ العقد عند وقوع حوادث طارئة ، فإن مثل هذا الشرط يمنع من المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة.

---

[٤٥٥]حكمها في١٤ابريل ١٩٦٠ مجموعة السنة الرابعة عشر ص٢٦-وانظر أ.د.محمد سعيد في الأحكام العامه ص٤٤٣

د)الاتفاقات اللاحقة على ابرام العقد لمواجهة التغيرات الاقتصادية المتوقعة: قد تتفق الإدارة مع الملتزم بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه على زيادة المقابل النقدي المستحق لهما في ضوء التغيرات الاقتصادية المتوقعة مثل هذه الاتفاقات لا تؤثر على حق الملتزم في المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام نظريه الظروف الطارئة إذا ثبت أن هذه الاتفاقات لم تنجح في إعادة التوازن المالي للعقد فإذا قبل الملتزم مثلا زيادة الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح في مواجهة الظروف الطارئة فذلك لا يمنعه من المطالبة بالتعويض.

هـ) الاتفاقات المبرمة بين الإدارة والملتزم بقصد تنظيم آثار الظرف الطارئ: هذه الاتفاقات مشروعة بطبيعة الحال فالتعويض القضائي المقرر للملتزم طبقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة يمثل -وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي- حلا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين فإذا ما نجح المتعاقدان في الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها، فلاشك في سلامة مثل هذا الاتفاق ويقتصر دور القاضي على تطبيق بنوده إذا حدث نزاع بشأنها.

٢)أوضاع المطالبة بالتعويض المستحق للملتزم في مواجهة الظروف الطارئة :تتمثل أوضاع المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة في أمرين أساسيين:

أ) تحديد الجهة المختصة بتحمل العبء النهائي للتعويض:إذا كان التعويض عن الظروف الطارئة يطلب من جهة الإدارة المتعاقدة فإن ثمة تساؤلا تجدر الإشارة إليه في هذا المقام يتعلق بمدى حق جهة الإدارة المتعاقدة في الرجوع بالتعويض على الجهات الإدارية الأخرى التي كانت سببا في الحادث الطارئ الذي نجم عنه الضرر،،، قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Ville d'Elbeuf* بتاريخ ١٥ يوليو ١٩٤٩ وقد كان مرجع الظرف الطارئ صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسعار مما ترتب عليه إرهاق الملتزم مع بلدية" *Elpeuf* " فلما حكم على البلدية بالتعويض طالبت البلدية الدولة بهذا التعويض فرفض المجلس الدعوى باعتبار أن مسئولية الدولة عن التشريع لها ضوابط معينة ولا تتحقق إلا بتوافر شروط قاسية من العسير تحققها .(٤٥٦)

---

(٤٥٦)المجموعه ص٣٥٨ .

ب) تحديد ميعاد المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة :يثبت حق الملتزم في طلب التعويض عن الظروف الطارئة من أول لحظه يتحقق فيها هذا الظرف خلال مدة تنفيذ العقد . وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بموجب حكمها الصادر في ١٤ أبريل ١٩٦٠ [٤٥٧] حيث قررت بأنه " يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي".

وقد يحدث أحيانا أن يتعذر على الملتزم حصر الخسائر التي لحقته من جراء الظرف الطارئ أثناء مدة تنفيذ العقد للمطالبة بالتعويض - في هذه الحالة يتعين على الملتزم طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الانتظار حتى تمام التنفيذ ، ويتفق أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الرأي مع أستاذنا الدكتور الطماوى [٤٥٨] "في أنه لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت في الفرض السابق عن الحادث الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر مدة طويلة وليس في وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله فمثل هذا الحل لايتنافي مع القواعد العامة في تقدير التعويض فضلا عن انه يتفق و الحكمة التي تقوم عليها النظرية وهي معاونة الملتزم على التغلب على الظروف الطارئة ومواصلة التنفيذ تحقيقا للصالح العام وإعمالا لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار".[٤٥٩]

---

[٤٥٧] مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر ص ٢٦ وقد سبقت الإشارة إليه.

[٤٥٨] أ. د. الطماوى في العقود المرجع السابق ص٦٤٥ – و ا.د. محمد سعيد في الأحكام ص٤٤٩ .

[٤٥٩] وفي مقام الاتفاق مع هذا الرأى -يمكن القول بأن المعاونه المؤقته لاتكفي في هذه الحالة للتغلب على الظروف الطارئة لمواصلة التنفيذ ويقتضى الأمر صرف تعويض مؤقت (أو مبدئى) وفق تقدير الخبراء لحجم الخسائر المتوقع حصرها مستقبلا على أن يخصم هذا القدر من قيمة التعويض النهائى المقضي به للملتزم مستقبلا .

الفرع الثاني

" مدى مساهمة نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة في إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة"

تمهيد :[٤٦٠]

المسلم أن مبدأ التعويض الكامل لإعادة التوازن المالي لعقد الامتياز ينطبق إذا ما توافرت شروط تطبيق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، ونتعرض لدراسة الأمور المتعلقة بذلك فيما يلي:

أولا

" مبدأ التعويض الكامل وفق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " .

ثانيا

" تقدير التعويض الكامل للملتزم طبقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " .

ثالثا

" حدود التنظيم الاتفاقي لتعويض للملتزم طبقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " .

(٤٦٠) انظر استاذنا الدكتور محمد سعيد حسين امين في الأحكام العامه المرجع السابق ص٤٥٠ وما بعدها

أولا " مبدأ التعويض الكامل وفقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة" :

إن مسئولية الإدارة عن فعل الأمير مسئولية تعاقديه بلا خطأ، ومن المتصور ألا يشمل التعويض كافة الأضرار، فالتعويض الكامل يستند عادة إلي المسئولية المبنية على فكرة الخطأ ويتحقق مبدأ التعويض الكامل على نحو ما يلي :

١)ارتباط التعويض الكامل وفقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية : ففي نظرية فعل الأمير يقابل سلطات الإدارة المشروعة في تعديل العقد التزامها بتعويض الملتزم تعويضا كاملا عن كافة الأضرار التي تصيبه من جراء استخدامها لسلطتها وذلك بهدف الحفاظ على التوازن المالي لعقد الامتياز وإعادته للحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد .

وفي نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه إزاء التزام المتعاقد بتنفيذ عقد الامتياز والاستمرار في هذا التنفيذ مهما كانت الصعوبات المادية التي تواجهه ، فمن العدالة أن تدفع الإدارة تعويضا كاملا للملتزم للتغلب عن تلك الصعوبات بهدف إعادة التوازن المالي.

٢)استحقاق الملتزم للتعويض الكامل وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على الرغم من استقلال تلك الصعوبات عن فعل الإدارة : تلتزم الإدارة إعمالا لذلك بتعويض الملتزم عن كافة الخسائر التي تحملها ، ومن الخطأ توزيع أعباء الخسائر الناشئة عن الصعوبات غير المتوقعة بين كل من الملتزم والإدارة على غرار أحكام نظرية الظروف الطارئة فالملتزم طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتحمل شيئا من تلك الخسائر بل تلتزم الإدارة بتحمل أعبائها كاملة والقضاء الفرنسي يأخذ بقاعدة التعويض الكامل عن الصعوبات غير المتوقعة .[٤٦١]

---

[٤٦١] براجع في هذا الصدد بحث ا. د. انور رسلان عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ص٨٧٨ منشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان ٣، ٤من السنه ٤٨ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي حكمه في ٣٠ =يوليو ١٩٤٨ في قضية *Min guerre cso.rol* المجموعة ص٣٥٩١ وبحث أستاذنا الدكتور أنس قاسم جعفر (الصعوبات المادية غير المتوقعة) مكتب الشلقاني المرجع السابق.

ثانيا :" تقدير التعويض الكامل للملـــتزم طبقـــا لنظريتـــي فعـــل الأمـــير والصعوبات المادية غير المتوقعة "

(١) تقدير التعويض الكامل وفقا لأحكام نظرية فعل الأمير:

تتمتع الإدارة بسلطة تعديل التزامات المتعاقد معها بهدف تحقيق النفع العـام ولكنها لا تستقل بتقدير التعويض المستحق للمتعاقد إنما يقدره قـاضى العقـد علـى أساس أن التعويض ينشأ في هذه الحالة عن أعباء والتزامات غير متوقعه وللقـاضي أن يسترشد بأساليب تقدير المقابل النقدي بدفاتر الشروط العامة والوسـائل الملحقـة بعقود الامتياز كما يجوز له أن يستعين بأهل الخبرة لأن مهمة تقدير التعويض دقيقه وشائكة(٤٦٢)، وذلك على نحو ما يلي:-

*عناصر التعويض الكامل طبقا لنظرية فعل الأمير : طبقا للرأي السائد فقها وقضـاء يشتمل التعويض الكامل على عنصريين أساسيين هما :

العنصر الأول : ما يلحق المتعاقد من خسارة ناشئة عن فعل الأمـير :يتضمـن هـذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها الملتزم بسبب تعديل جهة الإدارة حسب طبيعة التعديل ومداه وما يترتب عليه من نتائج ، فإذا طلبت الإدارة سرعة إنجـاز الأعمـال موضوع العقد ، فإن ذلك يؤدى إلي زيادة التكاليف بدفع أثمـان مرتفعـة أو بزيـادة أجور الأيدي العاملة.

وكذلك إذا أرجأت الإدارة تنفيذ العقد فإن من شأن ذلك تحميل المتعاقد خسـائر متنوعة كالتزامه بإبقاء المعدات في موقع المشروع لمدة أطول مـن المـدة المتفـق عليها ،وضرورة احتفاظه بقدر من العمالة مدة أخري فضلا عن ارتفاع ثمن التكلفـة للصعود المستمر في الأسعار مع مرور الوقت.

ولما كان تعديل الإدارة لالتزامات المتعاقد معها بزيادة أعبـاء إضافيـة عليـه يرتب له حقا في التعويض الكامل لما تكبده من خسائر . فالأمر الصادر مـن جهـة الإدارة بعدم تنفيذ بعض الالتزامات المنصوص عليها في العقد يرتب للملتزم حقا فـي

---

(٤٦٢) في هذا المعنى يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ٣٠يونيو ١٩٥٧وقد سبقت الإشارة اليه. وانظـر رسالة د. على عبد العزيز الفحام عن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ص ٣٩٩، مؤلف أ. د. محمـــد سـعيد لي الأحكام العامة المرجع السابق ص ٤٥٥

التعويض الكامل عما يتحمله من خسائر ، فقد لا يستطيع الملتزم تصريف المواد والأدوات والتجهيزات التي قررت الإدارة التنازل عن استخدامها في المشروع، وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة بتعويض الملتزم عما يتحمله من خسائر نتيجة خفض حجم الأداءات التعاقدية

<u>العنصر الثاني :ما يفوت المتعاقد من كسب بسبب توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير</u>:يتمثل هذا العنصر في المبالغ المعقولة التي كان الملتزم يعول عليها باعتبارها ربحا مشروعا له ، فالتعويض يجب أن يغطى الكسب الذي كان ينتظره الملتزم من التنفيذ الكامل للعقد بشرط التزام ضابطين رئيسيين <u>أولهما</u>:ينبغي ألا يجاوز التعويض المقرر للملتزم طبقا لنظرية فعل الأمير حجم الضرر الحقيقي، <u>والثاني</u>: أن الكسب المفقود الذي يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض هو الكسب المعقول أما إذا ترتب على فعل الإدارة خفض ما يحصل عليه من أرباح باهظة فلا محل لتقرير تعويض عن ذلك.

وفي هذا المعنى تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة بأن " لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل " .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بأنه " يحسن في هذا الصدد أن نشير إلي أن عمل الإدارة في تعديل شروط الالتزام لا يستتبع حتما في جميع الأحوال أن يكون للملتزم حق في التعويض فإذا لم يترتب مثلا على عمل الإدارة غير خفض الأرباح الباهظة إلي نسبه معتدلة فلا محل لان يمنح الملتزم تعويضا عن ذلك والأمر مختلف إذا ما أصاب الملتزم ضرر حقيقي استحال إلي خسارة بسبب التعديلات التي أجرتها الإدارة من عندها ".

<u>ويشترط بطبيعة الحال لاستحقاق الملتزم للتعويض الكامل بعنصرية السابقين، توافر علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب الملتزم وفعل الإدارة .</u>

* استثناءات من مبدأ التعويض الكامل في نطاق نظرية فعل الأمير :يشير الفقه في نطاق نظرية فعل الأمير إلي نوعين من الاستثناءات لا يحصل فيهما الملتزم مع الإدارة على تعويض كامل :

الاستثناء الأول : حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية: حيث يكتفي بتعويض الملتزم عن الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقد ، واستبعاد فكرة الكسب الذي كان ينتظره طالما أن الفسخ بسبب يتعلق بالصالح العام.

الاستثناء الثاني: حالة مساهمة الملتزم في أحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير:فالتعويض الكامل طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يستبعد حالة مساهمة الملتزم بخطئه في إحداث بعض الأضرار الناشئة عن فعل الأمير أو ساعد على زيادتها . فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ الملتزم.

(٢) تقدير التعويض الكامل وفقا لأحكام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

يعتد عند حساب التعويض الكامل بالمقابل النقدي المتفق عليه في العقد ، ويقدر التعويض على أساس الأسعار الجديدة إذا تغيرت الظروف التي أبرم التعاقد في ظلها أو إذا أدت تلك الصعوبات إلي تغير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار.

وطبقا للقواعد العامة يفترض في العقد وجود شرط ختامي مفاده أن تبقى الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها سارية عند تنفيذه دون تغيير جوهري، فإذا ما تغيرت حتى أصبح التنفيذ جائرا بالنسبة إلي أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الضرر الناشئ من هذا التغيير المفاجئ في الظروف الاقتصادية.

ثالثا "حدود التنظيم الاتفاقي لتعويض الملتزم طبقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة":

في حالة توافر شروط تطبيق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة وثبت للملتزم حقا في التعويض الكامل فقد يتفق الطرفان على إعفاء الإدارة من المسئولية عن التعويض بصفة مطلقة أو بصفة جزئية ونعرض فيما يلي للحالتين:

الحالة الأولى:اتفاق إعفاء الإدارة من المسئولية عن التعويض بصفة مطلقه:

يسلم غالبية الفقه [٤٦٣] الإداري بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الإدارة والملتزم الذي من شأنه تنازل الملتزم بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يواجهة أثناء التنفيذ بسبب فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة وتؤكد محكمة القضاء الإداري بخصوص نظرية فعل الأمير بأنه" من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها ،أو يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد.

ويقرر مجلس الدولة الفرنسي بأن احتواء العقد على ثمن جزافي يغطى كافة الأعباء التي يصادفها المتعاقد في التنفيذ لا يحول بين هذا الأخير ومطالبة الإدارة بالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تتسم بطابعها الاستثنائي فالثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة .وأن وجود هذا الثمن لا يعنى إعفاء جهة الإدارة من مسؤليتها بصفة مطلقه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد يصادفها المتعاقد في أثناء التنفيذ .[٤٦٤]

الحالة الثانية:الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض بصفة جزئية : على عكس الحالة السابقة ، يسلم الفقه بمشروعية الاتفاق بين الإدارة والملتزم بخصوص إعفاء

([٤٦٣])خلافا للرأى الراجح يرى أ.د. توفيق شحاته "بأن التعويض الكلى لايتعلق بالنظام العام فللطرفين في العقد أن يتفقا على عكس ذلك إذا كان فيه ما يحقق مصالحهما .فيجوز النص على استبعاد التعويض كما يجوز النص على قصرة على جزء من الضرر.على انه إذا نص في العقد على عدم التعويض جاز مع ذلك للمتعاقد مع الإدارة ان يطالب بتعويض إذا ثبت أن الأعباء الجديدة التي القيت على عاتقه لم تدخل في تقديرات الطرفين وأنها استتبعت اخلالا خطيرا بالتوازن المالي للعقد.مؤلفه في القانون الإداري طبعة ١٩٥٤/١٩٥٥،ص٨٢٣،٨٢٤ *ويعلق ا. د. محمد سعيد حسين امين على هذا الرأى بأنه يخالف الإعتبارات العمليه السائدة فليس من المتصور أن يقبل المتعاقد التنازل بصورة مطلقه عن التعويض وهو الوسيله الوحيدة التي يملكها في مواجهة سلطات الإدارة عند تعديل العقد الإداري.*

([٤٦٤])مجلس الدوله الفرنسي حكمه بتاريخ ٢٧/مارس ١٩٠٣ في قضية *Commune de jeumont* و حكمه بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥في قضية *Etabl .D scours* المجموعة ص١١٠٠،وحكمه في قضية *Gouv.gen.de lindochine*بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٣٨،المجموعه ص ٩٣٧ .ومطول الفقيه دي لو بادير في العقود.ج٣ص١٢ .

جهة الإدارة من مسئوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر عنها من إجراءات معينه في إطار نظرية فعل الأمير فيجوز للملتزم أن يتنازل مقدما عن التعويض المتعلق بنتائج إجراء معين قد تتخذه الإدارة قبله .

وتحرص دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الامتياز في أغلب الأحوال على استبعاد التعويض بسبب إجراء معين قد تتخذه الإدارة في مواجهة المتعاقد مثل: تحمل المتعاقد بأعباء ضريبية معينه ،أو اشتراط تحمل ملتزمى المرافق العامة بالنفقات الاضافيه المترتبة على إجراءات التنظيم الصادر بمقتضى لوائح الضبط في إطار المصلحة العامة .ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في تفسير مثل ذلك مراعاة منه لمصلحة الملتزم .

ويجوز تحديد شروط التعويض بموجب العقد ،أو استبعاد التعويض المتعلق بعنصر الكسب المفقود ، ويمكن للمتعاقد بطبيعة الحال أن يتنازل عن تعويض قد تقرر بالفعل لمصلحته في إطار نظرية فعل الأمير.([٤٦٥])

ويرى أستاذنا الدكتور محمد سعيد وبحق أنه ينبغي التمييز في إطار اتفاقات إعفاء الإدارة من التعويض عن إجراءات معينه قد تصدر في مواجهة المتعاقد ، بين الاتفاق السابق على صدور تلك الإجراءات، والاتفاق اللاحق على تحققها .فلا شك أن الاتفاق المسبق لتنظيم التعويض بخصوص إجراء معين يتوقع المتعاقدان حدوثه،يخرج هذا الاتفاق من دائرة نظرية فعل الأمير ،فمن الثابت أن جوهر النظرية يستند إلي فكرة عدم التوقع -فالتكاليف والأعباء الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعه ما دام أنها ليست جزءا من الاتفاق بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير . فإذا توقع المتعاقدان إجراء بعينه ،قد يصدر عن جهة الإدارة المالية ونص على تحمل المتعاقد لما يترتب عليه من آثار ،فإننا نكون بصدد تفسير نص تعاقدي يواجه ظروفا متوقعه ، ولا نكون بصدد تفسير نص تعاقدي يتصل بنظرية فعل الأمير ، أما بالنسبة للاتفاقات اللاحقة على تحقق الإجراء غير المتوقع فانه يجوز للمتعاقد بصفة عامه أن يتنازل عن تعويض تقرر لمصلحته .

([٤٦٥]) دى لوبا دير المرجع السابق ،ص٦٩.

مقارنه عامه بين آثار النظريات الثلاث: الثابت أن هناك أوجه التقاء وأوجه خلاف بين آثار النظريات الثلاث :

- **أوجه الالتقاء بين النظريات الثلاث:**

أن التعويض المقرر للمتعاقد طبقا لها جميعا يتصل أساسا بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية بصفة عامه وعقد الامتياز بصفة خاصة ، فاعتبارات العدالة من ناحية ، وصالح المرفق العام من ناحية أخرى يحتمان معاونه جهة الإدارة للملتزم بهدف التغلب على العقبات التي تصادفه أثناء التنفيذ حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته ويحقق خدمه دائمة للمنتفعين بالمرفق العام محل الامتياز .

- **أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث :**

تتمثل أوجه الخلاف في حجم التعويض المقرر للمتعاقد بالتطبيق لأحكام النظريات الثلاث بأنه تعويض جزئي مؤقت طبقا لنظرية الظروف الطارئة، وتعويض كامل في نطاق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الثالث
التوازن المالي في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

تقع مسئولية التوازن المالي على كاهل كل من طرفي عقـد الامتيـاز بنظـام الـ*B.O.T.* عند اختلال العقد بفعل أحد طرفيـه وعنـد حـدوث ظـروف طارئـة أو صعوبات مادية غير متوقعة .

وقد تضمنت بنود عقد الامتياز الصادر بنظام الـ*B.O.T.* أحكاما تتعلق بكيفيـة إحلال التوازن المالي للعقد حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو لوائح جديدة بعد سريان عقد الامتياز، وكذلك في حالة عدم قيام الملـتزم أو الإدارة بالمسئوليات والواجبات الملقاة على كل منهما في حالات الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ــ مع الالتزام في تطبيق بنود العقد لقوانين جمهورية مصر العربية[٤٦٦]

المادة(٢) القانون الواجب التطبيق: يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية. في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح ،أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعـد سريان هذا العقد يتسبب عنها زيادة في تكاليف إنشاء المطـار ،أو المـدة المحـددة لإنشائه ..فعلى الملتزم إخطار المالك بذلك خلال عشرة أيام ٠على أن يتضمن الإخطار كافة التفاصيل المتعلقة بـالتعديل الـذي تـم وآثـاره علـى الملـتزم والإجـراءات المقترحة،وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكـاليف أو مـد فـترة الالتزام بما يساوى المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشـاء ،وفقا لما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين.

المادة (٣) موضوع العقد :إعداد الدراسات والتصميم :

١)إعداد دراسة وافيه ومتخصصة عن مخرات السيول والفوالق بمنطقـة المشـروع وكذلك دراسة عن الآثار الاقتصادية والبيئية لإنشاء المطار بها ملحق(٧).

٢)إعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ما تم تحديـده والاتفاق عليه وفي التوقيتات الواردة بالملحق (١٨) والتصميـم الأولـى لكـل مـن عناصر المشروع على نحو ما تم تحديده ،والاتفاق عليه بـالملحق (١١)،والتصميـم النهائي على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق(١٢).

---

[٤٦٦] انظر الوقائع المصرية المرجع السابق المواد ٢،٣،٧،٩،١٠،١١،١٢،١٧،١٨ص ٧،٨،١٤ إلي ١٩ مـن العقـد والملاحق المرفقة به أرقام ٣-١٨،٢٦،٣٠ ص ٤٨،٤٩،٧٧،٧٨

٣)يتعهد الملتزم بأن يكون إعداد الدراسات، والتخطيط والتصميمات ،وفقا للمعايير القياسية الدولية وفق ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق(١٥)(تحدد المعايير،والهيئة التي أصدرتها والتاريخ الذي صدرت فيه).

٤)يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار لفترة٤٠ سنة تدخل منها فترة الإنشاء وفق القواعد والشروط المحددة والمتفق عليها بالملحق(٢١).

٥)يتعهد الملتزم أن تكون نظم إدارة وتشغيل المطار ،ووفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ما تم تحد يده والاتفاق عليه بالملحق (١٧)(تحدد المعايير،والهيئة التي أصدرتها ،والتاريخ الذي صدرت فيه).

يتعهد الملتزم باستيفاء المتطلبات الأمنية ،ومتطلبات عمل الأجهزة الحكومية العاملة بالمطار على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه الملحق (٢٦) تشغيل الهيئات الحكومية بالمطار.

٦) يتحمل الملتزم كافة المصروفات الجارية ،واستبدال التالف من الأصول الثابتة خلال فترة الاستغلال بما يضمن استمرارية التشغيل بكفاءة .

٧)يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استغلال المياه والكهرباء بالفئات ووفقا للآلية التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢٣)[٤٦٧]

٨)يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية بالمطار مسئولية المالك وعليه تخصيص العدد الكافي من العاملين ذوى التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقا للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقا للأسلوب والشروط التي تم

---

[٤٦٧] الملحق (٢٣)مقابل الخدمات والدخول والتراخيص فئات والية تحصيل مقابل الخدمات ، يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات وقيمة استهلاك المياه والكهرباء ، ويتضمن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال جميع المكونات الواردة في القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوى واشغال مبانى واراضى الموانى الجويه والمطارات ،وما يقترحه المستثمر من مكونات ،مع الالتزام بالقوانين المصرية ويقدم المستثمر إلى المالك كل ثلاثة أشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية= =تالية ، بيان عن الفئات التي سيقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم ويكون هذا البيان هو ما يطلب المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية ويعلن المستثمر إلى جميع من يهمهم الامر عن مكونات وفئات الخدمات التي يتم تحصيل مقابل عنها من المستفيدين ، وذلك قبل شهر من بدء تشغيل المطار ، ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تالية، ويحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك ، وعليه أن يعلن عنها إلى جميع من يهمهم الأمر قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر

تحديدها بالملحق (٢٢) ويكون المالك مسئولا عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها وهبوطها وتحركها على أرض المطار وذلك توحيدا للمسئولية عن سلامة تلك الحركة ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو الغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة .

٩)يتعهد الملتزم بأن يدفع للمالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية حسبما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق(٢٤).

١٠)يقوم المالك بإصدار الإعلان المقرر لتشغيل المطار لاستقبال وهبوط الطائرات متى أرسل الملتزم طلبا بذلك وفي خلال مدة ٢٨يوم من تاريخ الطلب ،وذلك في حالة اجتياز المشروع لجميع الاختبارات اللازمة لذلك..وفي حالة رفض المالك إصدار الإعلان المقرر فعليه إبلاغ الملتزم بأسباب ذلك الرفض في المدة المحددة حتى يمكنه تلافي هذه الأسباب وبعدها يقوم الملتزم بإعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغية إصدار إعلان التشغيل خلال مدة ١٤يوما من تاريخ إعادة الطلب .

١١)يتعهد الملتزم بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع ،وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق(٢٧)

١٢)يختص الطرف الأول بإصدار تصاريح وتراخيص الطائرات(هبوط و إقلاع)لكافة عمليات النقل الجوى.

١٣)يكون للطرف الأول الحق في التفتيش على كافة الأعمال والخدمات والأنشطة التي تؤثر على أعمال الطيران المدني ،وعلى الملتزم استصدار ترخيص تشغيل المطار أو أراضى النزول وتجديد الترخيص دوريا من الطرف الأول وفقا لما تحدده القواعد المنظمة لذلك.

١٤)يتعهد الملتزم أن يدفع للمالك نسبه من عائد جميع استثماراته بالمطار ،وذلك على نحو ما هو محدد بالملحق(٢٥).

١٥)يتولى الملتزم تحديد علاقات وإجراءات التنسيق مع السلطات السيادية والأمن القومي وسلطات أمن الموانى،والجوازات ،والجمارك ،والحجر الصحي ،وشرطة السياحة ،وشرطة الإنقاذ والإطفاء والأرصاد الجوية مع الأخذ في الاعتبار الإجراءات المعمول بها بين المالك ،وهذه الجهات في المطارات التابعة له ،وترفق المستندات

الخاصة بهذه الإجراءات كملاحق لعقد الالتزام ما لم تكن لها صفة السرية ويقوم المالك بمعاونة الملتزم في هذا الشأن إذا طلب منه ذلك

١٦)يكون للملتزم في الحالات التي تتوقف فيها عمليات الطيران بالمطار لفترة أكثر من شهرين لأسباب قهرية خارجه عن إرادته أن يطلب من المالك إغلاق المطار بالنسبة لعمليات الطيران وفي حالة قيام المالك بذلك يتوقف الملتزم عن دفع تكاليف تشغيل برج المراقبة الجوية والخدمات الملاحية للمالك ويتم مد فترة الالتزام المتفق عليها بين الطرفين بمقدار نفس المدة التي أغلق فيها المطار.

تسليم المطار للمالك بعد نهاية فترة منح الالتزام :يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلي المالك دون مقابل وبحاله جيدة صالحه بما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دوليا وفقا للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٣١).

يتعهد الملتزم بتأمين مسئوليته عما قد ينجم عن تنفيذ هذا العقد من هلاك ،أو أضرار أو إصابات قد تلحق بالمالك أو الغير من جراء ما يقوم به موظفوه أو المتعاقدون معه أو ما يغفلون القيام به كما يلتزم كذلك بتأمين مسئولياته المتعلقة بالتعويضات التي يلتزم بها بمقتضى هذا العقد[٤٦٨].

<u>المادة (٧)مراجعه الوثائق والمستندات:</u>للمالك أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعه الوثائق المتضمنة للتصميمات والرسومات والبيانات التقنية وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ ، وعلى المالك أن يخطر الملتزم بذلك،وعلى الملتزم أن يوفر للاستشاري الذي يعينه المالك المعلومات والوثائق وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقدر نفسه الذي يتيحه العقد للمالك.

---

(٤٦٨)و الحقيقة أن هذا التعهد يفرض على الملتزم القيام بالتأمين عما ينجم عن تنفيذ العقد من هلاك أو إصابات يستمد سنده من قانون الإشراف والرقابه على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٩١ لسنة ١٩٩٥وقرار وزير الاقتصاد رقم ٣٦٢لسنة ١٩٩٦بإصدار اللائحه التنفيذية للقانون حيث قضى في مادته الأولى بأن التأمين في تطبيق أحكام القانون يشمل تأمينات حياة الأشخاص والممتلكات والمسئوليات ضد اخطار الحريق واخطار النقل البحرى والجوى والتأمين على اجسام الطائرات وإلاتها ومهماتها والتأمين ضد اخطار الحوادث المتوعه والمسئوليات المتعلقة بكل ذلك.

يتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التي يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشاري)للمراجعة وفقا للمعايير الدولية على نحو ما هو موصوف بالملحق(١٤)،وفي حالة كونها مخالفه أو غير مخالفه أو غير دقيقه أو غير متوافقة يتم إعادتها لتعديلها ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة عن ذلك بما فيها من تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشاري.

يتحمل الملتزم التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات والتغيرات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية وعدم التوافق في المواصفات والرسومات وفق ذلك إذا تسببت هذه التعديلات في حدوث تأخير يعتبر المالك مسئولا عن ذلك التأخير.

المادة(٨)التنفيذ المشوب بعيوب: إذا اكتشف المالك -قياسا على المستويات الدولية لتأمين سلامة الطيران والركاب -عيوبا خطيرة في المطار أو في أي من مكوناته أو تجهيزاته أثناء إجراء التفتيشات والاختبارات التي يقوم بها المالك أو من ينوب عنه بموجب هذا العقد -وكانت هذه العيوب قابله للإصلاح ..تعين على الملتزم والحالة هذه أن يصلح هذه العيوب وأن يثبت خلو المطار م. عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك او من ينوب عنه في غضون..تلي التفتيشات والاختبارات غير الناجحة التي سبق إجراؤها ،وإذا فشل في ذلك أو كررت التفتيشات والاختبارات وثبت أن العيوب غير قابله للإصلاح فعلى الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة من الإنشاء وإعادة إنشائها من جديد طبقا للمواصفات القياسية ووفقا لما هو محدد بالعقد وملاحقه.

المادة(٩)التأخير في التنفيذ: إذا لم ينجز الملتزم التزاماته في التواريخ المحددة لإنجازها وفقا لجداول التنفيذ التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق(١٨،١٩)المرفقة بهذا العقد..يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامه تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز ويتم حسابها وفقا لما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق(٣٠) .[٤٦٩]

---

[٤٦٩] الملحق(٣٠)قواعد حساب غرامات التأخير في تنفيذ إنشاء المطار (المرحله الأولى)

إذا تأخر المستمر في تنفيذ التزاماته في التواريخ المحددة وفقا لجدول التنفيذ والتي يتم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق(٥،٦،١٨،١٩) من هذا الاتفاق يحق للمالك أن يحصل من المستمر على غرامة تأخير كالاتى :

٠,٥%عن الشهر الأول أو جزء منه.١ % عن الشهر الثاني أو جزء منه ١,٥ % من الشهر الثالث أو جزء منه.

وتزداد الغرامه بواقع ٠,٥%عن كل شهر لاحق.بحيث لا تتجاوز قيمة الغرامه الموقعة عن ٥%من قيمة الأعمال التي لم يتم إنجازها في مواعيدها المحددة. ويجب لتوقيع الغرامه ألا يكون هناك أى تأخير من قبل المالك في اعتماد التصميمات=

لا ينطبق الحد الأقصى المحدد في الفقرة (ج)من هذا البند على الإخلال بالتنفيذ بقصد إحداث خسائر أو الإخلال بالتنفيذ الناشئ عن عمد رغم العلم بأن ذلك يرجح أن تترتب عليه خسائر..

المادة(١٠) وقف الإنشاء:

أ)للملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات الآتية:

١)بناء على قرار من المالك.

٢)القوة القاهرة.

٣) ظروف استثنائية يكشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع.

٤)أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك.

ب)على الملتزم أن يخطر المالك خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المتسبب في التأخير بعزمه على التقدم بطلب لتمديد مدة التنفيذ ، وكذلك عليه أن يحتفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أي طلب يقدمه في هذا الصدد ،وأن يحتفظ بأي سجلات اخرى قد يطلبها المالك.

ج)على الملتزم أن يقدم تفاصيل كاملة تدعم طلب التمديد خلال مده ٢٨ يوما من وقوع التأخير تحسب ابتداء من اليوم الأول من التأخير.

د)على المالك دراسة الطلب المقدم من الملتزم لتمديد مدة التنفيذ وإخطاره بقراره في هذا الصدد ، في مده أقصاها ١٤يوما من تاريخ تقديم المستند.

هـ)يحق للملتزم تمديد مدة تنفيذ أعمال البناء بما يعادل مدة التأخير التي قد تتسبب الجهات والسلطات الحكومية فيها ،وبالمعدلات المتفق عليها حسب البرامج الزمنية المقدمة منه .

و)إذا حدث في أي وقت تأخير من قبل الملتزم في تنفيذ أعمال البناء موضوع هذا الاتفاق مقارنه بالبرنامج الزمني المحدد فإنه يتعين على الملتزم أن يقدم للمالك برنامجا زمنيا معدلا يأخذ في الاعتبار الظروف السائدة، وعلى الملتزم في الوقت

=والرسومات ويقوم المستثمر بإضافة هذه المدة للعقد بناء على إخطار كتابي منه للمالك . لاتطبق الغرامه في حالة أى ظروف قهرية تؤدى إلي توقف العمل،والمقصود بالظروف القهرية هي الظروف المحددة في تعريف القوة القاهرة طبقا للملحق الخاص بالمصطلحات والتعاريف.إذا كانت العملية مجزأة إلي أجزاء مختلفة تطبق الغرامه على كل جزء على حدة حسب قيمته الختامية وتخفض غرامة التأخير بنسبة قيمة الجزء الذي تم استلامه إلي قيمة الأعمال بالكامل .

لا تسرى الغرامة في حالة توقف الأعمال بناء على طلب المالك –لأى سبب من الاسباب.

نفسه أن يبلغ المالك الخطوات المقترحة لزيادة معدلات التنفيذ بغرض إنجاز العمل خلال فترة الإنجاز المحددة.

ز)يحق للمالك في أي وقت كان – لسبب من أسباب القوة القاهرة –[٤٧٠] أو ضحية سبب يعتبره المالك مهما أن يطلب من الملتزم ٠ إيقاف أعمال البناء في المشروع أو في جزء منه ، وإذا تم إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلي الملتزم ، فلا يحق له أي طلب تمديد في مدة إنجاز المشروع لكن إذا حدث إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى المالك .. يحق عندها للملتزم تمديد مدة المشروع لفترة مماثلة لمدة الإيقاف.

<u>المادة (١١)التعويض عن الأضرار :</u>

أ)يتفق الطرفان على الالتزام بأحكام القانون في تحديد شروط ومدى إمكان حصول كل طرف على تعويض في حالة إخلال أيهما بالتزاماته.

ب)مع مراعاة أحكام العقد الأخرى _لا يجوز اقتضاء تعويض إلا عن نوع وبمقدار الخسارة الذي توقعه الطرف المخل بالتنفيذ أو الذي كان يمكن توقعه عند التعاقد أو عند الإخلال بالتنفيذ ونتيجة له .

ج)على الطرف الذي يتكبد الخسائر نتيجة لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمة لتخفيف تلك الخسائر فإذا لم يتخذ هذه التدابير ،سقط الالتزام بدفع تعويض عن أي خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة وإذا اتخذ هذه التدابير حق له مع مراعاة الحدود المقررة للتعويض بالقانون الواجب التطبيق أن <u>*يحصل على تعويض كامل عن جميع خسائره بما فيها التكاليف المعقولة التي يكون قد تكبدها لدى اتخاذ تلك التدابير حتى لو لم تنجح هذه التدابير في تخفيف الخسارة .*</u>

---

(٤٧٠)الملحق٣-١٨ القوة القاهرة: تعنى القوة القاهرة أى حدث أو ظرف أو أحداث وظروف مجتمعة وتكون خارجه عن سيطرة المستمر و/أو مقاولى الباطن و/أو الموردين التابعين له قد تتسبب في أو تؤدى إلي تاخير في وفاء المستمر لأى من الالتزامات التي ينص عليها هذا العقد وما قد ينجم عن ذلك من أضرار اخرى قد تكبد المستمر تكاليف اضافيه ، وتشمل تلك الاحداث والظروف على سبيل المثال لا الحصر : مثل الحرب والأعمال العدوانيه الأخري والاجتياح والأعمال العدائية الأجنبية الأخري ، الحرب الاهليه والعصيان والتمرد وأعمال الشغب والإخلال بالنظام العام ، الاشعاعات النوويه أو التلوث من النفط أو النفايات النوويه أو الآثار المشعه أو السامه أو المتفجرة الناتجه من اى جهزة نووية متفجرة ، والتمرد وأعمال الشغب والإخلال بالنظام إلا إذا انحصرت هذه الأعمال لمستخدمي المستمر أو المقاولين من الباطن ، الهزات الأرضية الناجمه عن العناصر الطبيعية

د)إذا لحق ضرر بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة -سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل -يكون المالك مسئولا عن دفع جميع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال ، بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلي الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

هـ)على الملتزم أن يخطر المالك فور بدء حدوث القوة القاهرة أو توقعها بكافة التفاصيل المتاحة عن الحادث وآثارة وعليه بالقدر الذي يكون ذلك ممكنا اتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتدارك ومعالجة آثار القوة القاهرة والتخفيف منها ،وإلا سقط حق الملتزم في المطالبة بالتعويض عن أي خسائر كان يمكن تداركها أو التخفيف منها باتخاذ تلك الاحتياطات والتدابير.

المادة (١٢) الإنهاء بسبب القوة القاهرة : للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وعليه أن يعوض المستثمر عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجد للمستثمر من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء وعلى المستثمر أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير .

المادة (١٧) : يمنح المالك للملتزم خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد، ولينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة ..وفي حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع.

المادة (١٨) : يقوم المالك باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للتنسيق مع القوات المسلحة وأية جهات حكومية أخري لضمان قيام الملتزم بمباشرة مسؤولياته في إنشاء المطار وإدارته واستغلاله بحيث لا يضار من أي تدخل من هذه الجهات أو عدم قيامها بواجباتها.

••••••••••

الفصل الثاني

" آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير "

تمهيد وتقسيم :

لما كان العقد الإداري هو عقد بكل ما في الكلمة من معان فإن نسبية آثار العقود *L'effet relatif des contrats* تنطبق عليه ،وهذا ما يؤكده مجلس الدولة الفرنسي باستمرار سواء في أحكامه الحديثة أو القديمة على السواء .[٤٧١]

ويختلف رأى الفقه في فرنسا بين مؤيد ومعارض: فالفقيه " دى لوبادير " يرى خضوع العقود الإدارية لقاعدة نسبية آثار العقود، وهي ذات القاعدة المقررة في القانون الخاص بينما يرى الفقيه " بيكينو " عكس ذلك مقررا بأن العقود الإدارية تخرج على هذه القاعدة .

ومن الناحية العملية فإن آثار عقد الامتياز تتعدى المتعاقدين إلي الغير فتفوض على هذا الغير بعض التكاليف والأعباء أو تخوله بعض الحقوق و المزايا ،ولا يثير تحديد فكرة الغير *La notion de tiers* أي صعوبة فيما يتعلق بالأفراد الذي يتعاملون مع الإدارة أو غيرهم ممن يمسهم العقد ، لكن هناك صعوبة فيما يتعلق بتحديد جهات الإدارة التي تعتبر من قبيل الغير بالنسبة إلي عقد معين . ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي جرى منذ تاريخ متقدم على أن المرافق العامة تعتبر غيرا بالنسبة إلي العقود التي يبرمها مرفق معين بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية وعلى هذا الأساس تعتبر الوزارات الأخرى غيرا بالنسبة إلي العقود التي يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشئون وزارته .[٤٧٢]

---

[٤٧١] مؤلف استاذنا العميد الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٣٩١ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ مارس ١٩٢٧ في قضية *fanvet* المجموعة ص ٣٦٠ وحكمه الصادر في ١٩ مارس ١٩٣٨ *cie interationale dua gaz* مجموعة سيرى ١٩٣٩ القسم الثالث ص ١ تعليق *A bet* في ٢٢ نوفمبر ١٩٤٧ قضية *caste* المجموعة ص ٨٤٩

[٤٧٢] حكم المجلس الصادر في ١٩ مايو ١٨٦٥ في قضية *mony de mantnart* المجموعة ص ٥٥٤

وقد هجر مجلس الدولة هذا المسلك ، حيث تطورت فكرة الغير في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة ومجال التنظيم الإداري بصفة عامة *la structure de L'administration* فأصبحت مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية ،وبالتالي فإن جهة إدارية معينة لا تعتبر من الغير بالنسبة إلي جهة إدارية أخرى إلا إذا كانت كل جهة فيها تابعة لشخص معنوي مستقل، فالوزارات لا تعتبر "غيرا" بالنسبة إلي الدولة لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة،بينما تعتبر المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى والهيئات العامة " غيرا " بالنسبة إلي الدولة ، و أيضا بالنسبة إلي العقود التي يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص[٤٧٣] .

وفى هذا الفصل ندرس آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

" التزامات المنتفعين في عقد الامتياز "

المبحث الثاني

" حقوق المنتفعين في عقد الامتياز "

المبحث الثالث

" الأساس القانوني لامتداد أثار عقد الامتياز إلي الغير "

---

(٤٧٣) استاذنا الدكتور العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٣٩١ ، ٣٩٢ .

المبحث الأول
" التزامات المنتفعين في عقد الامتياز "

قد ترى الإدارة منح المتعاقد معها لا سيما ملتزمى المرافـق العامـة- بعـض السلطات والمزايا وذلك على الوجه الآتي (٤٧٤):

أولا : تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة وتتمثل في:

١) تخويل المتعاقد – لاسيما في عقود الأشغال العامة والامتياز حق الاستيلاء المؤقت *droit d , occupation temporaires* أو الحصول على مواد من الأراضي المجـاورة *droit desatraction de materiau* ،وأحيانا يخول عقـد الامتيـاز للمتعـاقد حـق الاستفادة من سلطة نزع الملكية إذا تطلب ذلك حسن تنفيذ التزاماته العقدية(٤٧٥)

٢)كثيرا ما ينص عقد الامتياز على منح المتعاقد استعمال بعض أجزاء الدومين العـام استعمالا خاصا ، وبالتالي يتضمن حرمان سائر الناس من الانتفـاع بـها ،أو يخـول المتعاقد فرض قيود على هذا الانتفاع .

وفي عقود امتياز الـ*B.O.T.* ينص البند رقم(٢) بالملحق رقم(٤)-موقـع المطار: "للمستثمر الحق في *طلب ضم أراض أخرى مجاورة للموقع المذكـور تكـون لازمه لإنشاءات وعمليات الطيران* ،وفي حالة الحصول على هذه الموافقـة سـيكون للمستثمر الحق في إنشاء المطار عليها بدون الإخلال بالبرنامج الزمني المتفق عليه".

٣)من حق ملتزمي المرافق العامة الحصول على مقابل مالي مـن الأفـراد ، وهـذا المقابل يعتبر" *رسما " taxe "* يخضع لما يستلزمه هذا الوصف من أحكام.

وفي عقود الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* يتضمن حق الملتزم في الحصول على مقـابل الخدمات والدخول والتراخيص (٤٧٦) الملحق (٢٣) ـ مقـابل الخدمـات والدخـول والتراخيص فئات وآلية تحصيل مقابل الخدمات ويتولـى تحصيـل مقـابل الخدمـات وقيمة استهلاك المياه والكهرباء ، ويتضمن مقابل الخدمات جميع المكونات الـواردة

---

(٤٧٤) استاذنا العميد الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٧٤ وما بعدها.

(٤٧٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩ يناير ١٩٣٧ في *Grandet* المجموعة ص ٥٥

(٤٧٦) انظر الوقائع المصرية المرجع السابق ملحق ٢٣ ص٧٤

في القانون رقم ١١٩ السنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوى وإشغال مباني وأراضى الموانئ الجوية والمطارات.

كما يتضمن المقابل كذلك ما يقترحه المستثمر من مكونات ،وذلك مع الالتزام بالقوانين المصرية ، ويقدم المستثمر إلي المالك قبل ثلاثة اشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية تاليه،بيان عن الفئات التي سيقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم،ويكون هذا البيان هو ما يطلب المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية.

ويعلن المستثمر إلي جميع من يهمهم الأمر عن مكونات وفئات الخدمات التي يتم تحصيل مقابل عنها من المستفيدين ،وذلك قبل شهر من بدء تشغيل المطار،ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تاليه،،ويحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك ،وعليه أن يعلن عنها إلي جميع من يهمهم الأمر قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر.

٤- قد تخول الإدارة الملتزم حق استعمال بعض سلطات البوليس *des pouvors de police* " إذا اقتضى تنفيذ عقدة ذلك ، ومن ذلك مسئولية الملتزم عن حفظ النظام بموقع العمل أثناء تنفيذ العقد كما تفرض عليه اتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات، أو حوادث الوفاة للعمال ،أو أي شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الدولة ،أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة ، وهو في سبيل القيام بهذا الواجب، يملك أن يصدر إجراءات وتنظيمات يفرضها على عماله ،وعلى الغير ممن يتصلون بالعمل محل العقد وتتضمن المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ مثل هذه الأحكام

٥-يمارس الموظف المعين بعقد ذات السلطات والاختصاصات المنوطة بالموظف ذو المركز النظامي في مواجهة الغير ، ويفرض عليهم من الإجراءات والأعباء لمواجهة ما تستلزمه مقتضيات وظيفته .

ثانيا : امتياز التقاضي: تقتصر هذه الميزة على عقدين من العقود الإدارية وهما عقدا الامتياز والأشغال العامة فإذا تسبب المقاول أو الملتزم في إحداث ضرر للغير أثناء التنفيذ فإنه يقاضى أمام المحاكم الإدارية ،،، وفي عقود الامتياز ليس للمضرور إلا أن يقاضي الملتزم ولا يرجع بالتعويض على الإدارة إلا إذا ثبت إعساره[٤٧٧].

ثالثا : استثناء الملتزم من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة: في بعض الحالات تتضمن عقود الامتياز شروطا تخول الملتزم بعض الامتيازات التي لا تتمشى مع قواعد المنافسة الحرة *Libre concurrence* ولا مع ضرورة مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة، ومن أوضح الأمثلة على ذلك شرط عدم المنافسة والذي يخول الملتزم حق منع غيره من المواطنين من ممارسة النشاط الذي يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة ،ويسلم القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا بشرعية هذه الشروط.

ومن هذا القبيل ما يرد في عقود امتياز المرافق العامة من إعفاء المتعاقد من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد(*Des clauses d'immunite fiscale ou d'exemption d'imports*)[٤٧٨]

وبموجب القانون ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار يمنح الملتزم في عقود الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* مزايا وحوافز وكذلك إعفائه من بعض أحكام قوانين الضرائب والاستيراد والتصدير فضلا عن حمايته من التأميم والحجز على الممتلكات٠٠إلخ وذلك استثناء من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة.

وتستمد قاعدة عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام سندها القانوني بأن هذه الأموال مملوكة للشخص المعنوي العام الذي يتولى إدارة المرفق وهي بالتالي تعد من قبيل الأموال العامة التي لا يجوز الحجز عليها، وفي حالة عقد الالتزام فإن أموال مرفق الامتياز تكون مملوكة للملتزم ملكيه خاصة، ومع ذلك استقر القضاء الفرنسي استنادا إلي مبدأ استمرار سير المرافق العامة على عدم جواز الحجز على

---

[٤٧٧] حكم المجلس في ١٠ يناير ١٩٤٠ في قضية (*Ste Andrieu*) مجموعة سيري، سنة ١٩٤٠القسم ٣، ص ٤٦ .

[٤٧٨] أ.د. العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٧٧ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨أبريل ١٩٣٩ في قضية (*comp. des chemins de fer de l'Ouest*) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٩، ص ٥٨ مع تقرير المفوض حوس وفي ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٨ في قضية (*Hebert*) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ ص ٥٨١

هذه الأموال ، وقد تدخل المشرع المصري في المادة ٨ مكرر من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة ، المضافة بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٥ بالنص على أنه " لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة".

المبحث الثاني
" حقوق المنتفعين من عقد الامتياز "

يستطيع الغير ــ بصفته غيرا ــ أن يتدخل في مجــال العقــود الإداريــة ،وأن يطالب ببعض الحقوق أو بإلزام الإدارة أو الملتزم معها باتخاذ موقف معين ،كما فــي الأحوال الآتية :

* *حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون:* يشمل هذا الحق جميع العقــود الإدارية فالإدارة ليست حره في اختيار المتعاقد معها بصفة مطلقة ،كما يفعل الأفــراد، بل إنها مقيدة بأوضاع وإجراءات قانونية يتعين الالتزام بها ، و لكل ذي مصلحة وهو من الغير- بالفرض - مقاضاة الإدارة عن طريق طلــب إلغــاء القــرارات الإداريــة المنفصلة *les actes detachabes* والتعويض عنها إذا ما ترتب على مخالفــة الإدارة للقانون ضرر كما لو استبعدت الإدارة عطاء أحد المنافسين بـــدون وجــه حــق ،أو أرست المناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسفا .

وفي الحقيقة أن الغير الذي يطعن على قرار إداري منفصل طالبا الحكم بإلغــاء العقد لا يستند في الطعن إلي نص في عقد إداري ،وإنما يســـتند فــي الطعــن إلــي نصوص القوانين واللوائح، ،وفي هذا المقام يقول أستاذنا العميد الدكتور الطمــاوى " بأن الغير لا يستمد حقه في الطعن من العقد ذاته ،إنما يستمد هذا الحق من النظــام القانوني الذي وضعه المشرع للعقود الإدارية ".

* الحقوق التي يستمدها الغير من النصوص المدرجة لصالحة في العقد:حيــث تقــوم الإدارة بتضمين عقود الامتياز شروطا لصالح بعض الطوائف *ومن ذلك :*

١)أن تشترط الإدارة في عقد الامتياز التأمين ضد الأضرار التي قد تصيب الغير مــن جراء تنفيذ العقد[٤٧٩] .

٢) كثيرا ما تدرج الإدارة في عقود امتياز شروطا لصالح العاملين بــالمرافق العامــة التي تستخدم أعدادا كبيرة من العمال لسنوات طويلة[٤٨٠]

---

(٤٧٩) حكم النقض الفرنسي الدائرة المدنية الصادر في ١٠ يونيو ١٩٤١ في قضية *wadislas Bester* مجموعــة دالوز ١٩٤٢ ص ١١٤

(٤٨٠) حكم المجلس الصــادر في ٢٢ يوليــو ١٩٢٧ في قضيــة *synd des enpl ayes des secteues dlectriqne de la seipe* ودالوز ١٩٢٨ق٣ ص ٤١ مع تعليق فالين وأنظر الدكتور/ شحاته أبوزيد ديــاب=

٣)وكثيرا ما تدرج الإدارة لدرء مسئوليتها في عقــود الأشــغال العامــة ،والامتيــاز شروطا لصالح الملاك المجاورين لمكان التنفيذ ،وحينئذ يكون من حق هؤلاء المــلاك الاستناد إلي تلك الشروط لحماية مصالحهم .(٤٨١)

* حقوق المنتفعين المستمدة من عقود الامتياز:

وهذه الحقوق من أبرز حالات امتداد آثار العقود الإدارية إلي غير المتعــاقدين ،ولا خلاف عليها بين الفقهاء ، فالذي لا شك فيه أن المنتفع في عقود الامتياز يستمد منها حقوقا في مواجهة الإدارة والملتزم على السواء ، وذلك بأن يلجأ إلي القــاضي المدني للحصول على حكم بأحقيته في الحصول على الخدمة التي يقوم مرفق الامتيـاز بأدائها استنادا إلي عقد الالتزام . (٤٨٢).

ويستطيع المنتفع أن يلجأ إلي القضاء الإداري بطلب إلغاء القرارات الصــادرة من الإدارة تلك التي تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الامتياز من شروط كما يستطيع طلب إلغاء القرارات الضمنية نتيجة رفض الإدارة التدخل لإجبار الملتزم علــى احترام شروط العقد إذا أخل الملتزم بتلك الشروط ،وكان ذلك وفــق حكــم مجلــس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ أبريل ١٩٤٢ في قضية *comp air France*.

وفي سبيل التوسعة على المتقاضين تطور قضاء المجلس فبعد أن كان يحيــل المنتفع إلي قاضى العقد للحصول على حكم بتفسير النص الذي يستند إليه المنتفع فــي طلب الإلغاء أصبح المجلس يتصدى لتفسير النص والفصل في طلب الإلغاء .

=رسالة دكتوراه "مبدأ المساواة في الدساتير العربية"المقدمة لكلية الحقوق –جامعة عين شمس عام٢٠٠١ ص٣٢ و مولفــه "مبدأ المساواة في الدساتير العربية و تطبيقاته القضائية " الناشر الطوبجى القاهرة ٢٠٠١ ص٣٤ وانظر ما سبق ذكــره في مجال التأمين ضد الأضرار والمخاطر من جراء تنفيذ عقد الامتياز.

وتؤكد المادة (٤٠) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على ما يلي " المواطنون لدي القانون سواء ، وهم متســاوون في الحقوق والواجبات العامة ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"وهذه المســاواة تنطبق على المصريين والأجانب على حد سواء وذلك بإستثناء الحقوق والواجبات المرتبطة بجنسية الدولة مثل حق الترشيح والإنتخاب راجع المرحوم د. فؤاد العطار في القانون الاداري ص ٤٠٢ وأ.د.ماجد الحلو في القانون الإداري ص٤٠٤.

(٤٨١) حكم المجلس الصادر في ٣ فبراير ١٩٠٥ في قضية *storch* مجلة القانون العام سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ .

(٤٨٢) مجموعة سيرى ١٩٣٨ القسم الثالث س ٦٥ .

وفي هذا الصدد تقول أ. د. سعاد الشرقاوى[483] في خصوص حقوق المنتفعين تجاه الملتزم بأن التعامل بينهما يأخذ شكل العقود التي قد تكون مكتوبة، أو شفوية ،وفي الحالتين يتعين تحقيق المساواة بين المنتفعين ،ويشترط بالنسبة للعقود المكتوبة أن تأتى شروطها مطابقة لعقد الالتزام وملحقاته ولأحكام القوانين المتصلة بنشاط المرفق العام.

ولهذه الاعتبارات نص القانون المدني المصري في المادة ٦٦٩ على أن "ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه عميلة بأن يؤدى لهذا العميل - على الوجه المألوف - الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ،وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين "

وتنص المادة ٦٧١ مدني على أن :" يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون. بالنسبة إلي العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها.

"ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها فإذا عدلت الأسعار المعمول بها، وصدق على التعديل سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها، وما يكن جاريا وقت التعديل من اشتراكات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور ،وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة"

ويثور التساؤل حول طبيعة تلك العقود ، والتي لا تنطوى على شروط استثنائية ،وإن انطوت على شروط ترد في عقود الإذعان التي ينظمها القانون الخاص وتنصب على الانتفاع بخدمة يقدمها المرفق العام فقط ، و دون التعرض إلي تنظيمه وتسييره ـ في هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا "في الدعوى رقم ١٠ لسنة ٤ ق عليا " تنازع " جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ : "أن نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير في قيامها على مرفق التعمير والإنشاءات السيلحية بالمعمورة لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة ،ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق العام ممن خولتهم حق شغل الكبائن العامة على شاطئ البحر لا تحكمها قرارات إدارية

([483]) انظر العقود الإدارية أ.د. سعاد الشرقاوى – المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها.

بالترخيص في شغل تلك الكائن بل تحكمها روابط تعاقديه نشأت بينها وبين المنتفعين وهي من روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه".

وفي فرنسا يستطيع المنتفع أن يلجأ إلي قاضى العقد لإجبار الإدارة على تمكينه من الاستفادة من نصوص العقد فقد تقدم مواطن فرنسي للبلدية بطلب تمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة الملتزمة بالاضاءة ولما لم يجب إلي طلبه لجأ إلي القضاء الإداري للحصول على حكم بأحقيته في اقتضاء تلك الخدمة[٤٨٤] .

وفي هذا المقام ترى أ. د. سعاد الشرقاوى بأن الأصل في المرافق العامة هو أن تقوم الحكومة ذاتها بإدارتها بالطريق المباشر إلا إذا اقتضت المصلحة العامة بأن تعهد بهذه المهمة إلي ملتزم نيابة عنها مع احتفاظ الإدارة بحقها في الرقابة على تلك المرافق ،وحقها في تعديل النصوص وحقها في استرداد المرفق وهذه الحقوق لم تتقرر للإدارة إلا لمصلحة المنتفعين والمرافق العامة عموما سواء كانت تدار بالطريق المباشر أم بالالتزام هدفها خدمة جمهور المواطنين.

وعلى ذلك إذا قصرت الإدارة في استعمال الحقوق المقررة لها تجاه الملتزم فإن للمواطنين الحق في أن يطلبوا منها كتابة التدخل وإجبار الملتزم احترام شروط العقد، وقد يحدث ألا تستجيب الإدارة لطلب التدخل وعندئذ ينشأ قرار إداري سلبي بعدم التدخل وبمجرد مضى ستين يوما على تقديم الطلب فإنه يحق للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة وإذا حكم المجلس بإلغاء القرار المذكور فإن تنفيذ هذا الحكم يوجب على الإدارة أن تتدخل وتفرض على الملتزم احترام شروط العقد وأشد ما يثير جمهور المنتفعين ويحركهم نحو اتخاذ مثل هذا الإجراء هو إخلال الملتزم بقاعدة المساواة بينهم والمقررة بنص المادة ٦٧٠ من القانون المدني المصري[٤٨٥].

وفي مجال طعون المنتفعين يري أ.د. محمد سعيد حسين أمين[٤٨٦] إلي أنه "لا يمكن الاستناد إلي شروط عقد من العقود توصلا إلي إلغاء قرار إداري بحجة أن القرار لا يتفق وشروط العقد ،ومرجع هذه القاعدة إلي أن قضاء الإلغاء إنما يستهدف

---

(٤٨٤) انظر أ.د. الدكتور الطماوى في العقود ص٦٨٠ وحكم المجلس الصادر في٢٩ أكتوبر ١٩٢٦ في قضية *Gey* .

(٤٨٥) أ.د.سعاد الشرقاوى في العقود المرجع السابق ص ٧٢ .

(٤٨٦) أ. د. محمد سعيد في العقود ص ٣٢٣ وانظر مجموعة سيري ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٣ مع تقرير المفوض روميو في حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ ديسمبر ١٩٠٦ في قضية *yndicat croix Seguey*

المحافظة على قواعد المشروعية في حين أن العقود لا تولد إلا التزامات شخصية يؤدى الإخلال بها إلي إثارة القضاء الكامل.

لكن مجلس الدولة الفرنسي خرج على هذه القاعدة وأجاز الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر من الإدارة في علاقتها بالملتزم ،وتتضمن الإخلال بشروط عقد الامتياز التي تحدد كيفية أداء الخدمة للمنتفعين" ، والتبرير الغالب لمعظم فقهاء فرنسا ومصر يرجع هذا الاستثناء إلي الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الامتياز وينطوي خروج الإدارة أو الملتزم عليها على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة في العقد مما يجعل القرار الإداري غير مشروع ويحق لكل ذي مصلحة أن يرده إلى نطاق المشروعية بالطعن عليه قضاء .

ويرى أستاذنا العميد الطماوى أن هذا التبرير هو الوحيد الذي يمكن على أساسه الوصول إلي تمكين أشخاص غرباء عن العقد الإداري. واستنادا إلي شروطه للوصول إلي حكم بإلغاء قرار إداري فالقرار الإداري – في نطاق قضاء الإلغاء - لا يمكن الحكم بالغائة إلا لأسباب محدده على سبيل الحصر، وهي عيوب الشكل، والاختصاص ،ومخالفة القوانين ،واللوائح والانحراف ،والقرار الذي يخالف مجرد شرط عابر من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح ،ومن ثم فإن المشكلة التي نحن بصددها لا تثور عملا إلا في نطاق عقود الامتياز التي تربط بين أطراف ثلاثة هم الإدارة مانحة الالتزام ،والملتزم ثم المستفيدون أما في سائر العقود الإدارية فإن العلاقة تكون في الغالب مقصورة على الإدارة والمتعاقد يؤدى الإخلال بها إلي إثارة القضاء الكامل[487]

هذا وتتنوع المنازعات الإدارية باختلاف أعمال الإدارة إذ قد تكون أعمالا قانونيه تنتج عنها مراكز قانونيه جديده أو تعديل في المراكز القانونية القائمة بموجب أوامر أو قرارات أو تصرف منفرد أو نتيجة توافق إرادتين أو تصرف من جانبين وهذه المنازعات تندرج تارة في إطار قضاء التعويض وتارة في إطار قضاء الإلغاء وذلك تبعا لصفة رافع الدعوى إما أنه المتعاقد مع الإدارة أو انه من الغير .

ويقول ا. د. مصطفي أبو زيد فهمي في هذا الصدد "فالمتعاقد مع الإدارة - وهو أحد طرفي العقد -إذا لجأ إلي مجلس الدولة فإنما يلجأ دفاعا عن مركز ذاتي نشأ

([487]) انظر ا. د. محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٣٢٤ وما بعدها .

من العقد فهو لا يستمد حقه من القانون مباشرة ، والمركز الذي يدافع عنه يختلف مضمونه من حالة إلي أخري لان العقود بطبيعتها تختلف من حالة إلي أخري . فهو إذا ناقش قرارات الإدارة فإنما يناقشها "كمتعاقد " صاحب مركز ذاتي ولذلك فلا يسمح له كقاعدة عامه بالالتجاء إلي دعوى الإلغاء فحتى لو أصدرت الإدارة قرارا صريحا انتهكت به نصوص العقد كلها فإن السبيل الوحيد الذي يفتح أمامه هو الالتجاء إلي قاضى العقد عن طريق دعوى القضاء الكامل".

أما الغير الذي لم يكن طرفا في العقد فهو ينظر إلي كل القرارات الإدارية المتعلقة بالعملية العقدية على أساس أنه مواطن يستمد حقه من القانون مباشرة -فلو أن الإدارة أصدرت أمرا تعاقدت بمقتضاه .مع شخص معين محاباة منها له ، أو أصدرت قرارا تهاونت به في حقوق المستفيدين -بصدد عقد التزام المرافق العامة - فإن من أضرت بهم الإدارة يستطيعون الالتجاء إلي دعوى الإلغاء لأنهم يدافعون عن مركز قانوني موضوعي [٤٨٨].

وكثيرا ما تحتوى عقود الامتياز شروطا تكفل بعض المزايا المتعلقة بأجور العمال أو بظروف العمل .. الخ ويجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ مدة على تخويل النقابات الممثلة للعمال حق طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة أو الضمنية التي تتضمن خروجا على تلك الشروط - والملاحظ في هذا الصدد أن المجلس يقبل دعوى الإلغاء من النقابة لا من العمال بصفتهم الفردية لأن النقابة تمثل الجميع ،ولها مصلحة محققه في رفع دعوى الإلغاء لتصحيح الوضع غير المشروع بالنسبة للجميع وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادي عن طريق الدعوى المباشرة استنادا إلي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في كل حالة على حدة بينما يتمتع الحكم الصادر بالإلغاء على حجية مطلقة قبل الكافة[٤٨٩].

---

(٤٨٨) أ.د. مصطفي ابو زيد فهمي ،القضاء الإداري ومجلس الدوله ،قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف بالاسكندرية،،ص٣٩٥-ومؤلف أ.د. رمضان بطيخ في القضاء الإداري المرجع السابق ص٧.

(٤٨٩) أ. د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٢٦ وانظر حكم النقض الفرنسي ١٣ مارس ١٨٨٩ مجموعة سيري ١٨٨٩ القسم الأول ٢٦٣ ومارس ١٨٩٨ مجموعة سيري ١٩٠٢ القسم الأول ص ٣٦٠.

وفيما يتعلق بنوع الدعوى التي يحق رفعها فإنها لا تخرج عن فرضين :

الفرض الأول : حالة استيفاء المنتفع شروط الخدمة فقد كان يلجأ إلي قضاء الإلغاء ، ثم عدل مجلس الدولة عن ذلك بموجب حكمة الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٣٧ - وقضى بحق المنتفع اللجوء إلي القضاء المدني لأن العقد المبرم بين الملتزم والمنتفع هو من عقود القانون الخاص شريطة أن يراعى القضاء العادي موضوع المسائل الأولية التي قد يثيرها النزاع والتي يختص بها القضاء الإداري.

الفرض الثاني :حالة أن يكون بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع وأوضاعه ، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمة الصادر في ١٨ فبراير ١٩٤٤ في قضية *Des villette* المجموعة ص ٥٨ باعتبار أن العقود التي تبرمها شركات الامتياز مع عملائها هي من عقود القانون الخاص وبالتالي فالمحاكم القضائية تختص بالفصل في المنازعات التي يثيرها تطبيق تلك العقود في العمل [٤٩٠]

هذا ومن أحدث القضايا المرفوعة أمام محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ٣٧١٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ٢٠/٧/١٩٩٩ تلك التي أقامتها المواطنة سعيدة احمد ضد محافظ القاهرة وآخر بصفتيهما بطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه والصادر بإيقاف حركة مترو مصر الجديدة عند محطة رمسيس بدلا من استمرار مساره حتى المحطة النهائية بميدان عبد المنعم رياض وتنفيذ الحكم بمسودته مع إلزام الجهة الإدارية المصروفات.

وقد احتوت مذكرة دفاع مركز المساعدة القضائية والقانونية المتضامن مع المدعية بأن القرار تجاهل ما رصدته الدراسات من أن ٧٧ % من المنتفعين يستخدمون " المترو " من ميدان عبد المنعم رياض وحتى ميدان روكسي فيكون القرار معيبا بالانحراف لإخلاله بمبادئ المساواة بين المواطنين، وعدم مراعاة العدالة في توزيع الأعباء والتكاليف العامة ، وفقدان القرار للمشروعية بالمخالفة لأحكام الدستور [٤٩١] والتي أكدت على اشتراك المنتفعين في إدارة المشروعات ورقابة سلوك

([٤٩٠]) أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ٣٢٧ ومابعدها .

([٤٩١]) تنص المادتين ٤ ، ٢٧ من الدستور على أنه : =

الإدارة في شأنها ، وقد صدر القرار دون الرجوع لرأى المنتفعين ولم يضع في اعتباره تحقيق الصالح العام ومتطلبات الحياة الواقعية واحتياجات المواطنين .

كما نعت المدعية على القرار الطعين انعدام السبب الصحيح ، فالسبب الذي أفصحت عنه الإدارة وهو تصريف أحجام الحركة بميدان رمسيس ، لا يصلح أن يكون سببا صحيحا يمكن أن يقوم عليه القرار،وعلى العكس فإن نزول ما يقرب من ٣٥الف راكب بمحطة رمسيس يؤدى إلي ارتباك حركة المرور في قلب المدينة ،كما أنه يخل بنظرية التكامل بين المترو ووسائل النقل الأخرى ويكدر الحياة اليومية للمواطنين ويكلفهم مبالغ وأعباء إضافية.

وقد قامت المدعية بتعديل طلباتها إلي طلب الحكم بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن إعادة مسار مترو مصر الجديدة إلي ميدان عبد المنعم رياض (التحرير)مع إلزام المطعون ضدهما بصفتيهما بأن يؤديا لها مبلغ مليون جنيه تعويضا عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابتها من جراء عدم إعادة مسار المترو وإلزامهما المصروفات .

وبجلسة ٢٠/٢/٢٠٠١ حكمت المحكمة بعدم قبول طلب الإلغاء لانتفاء القرار الإداري وبقبول طلب التعويض شكلا ورفضه موضوعا وجاء في أسباب الحكم:

أن القرار الإداري السلبي في مفهوم حكم الفقرة الأخيرة من المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إنما يتحقق قيامة في حالة رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح ،فإذا لم تكن الإدارة ملزمة قانونا باتخاذ القرار بأن كان مما تترخص في إصدارة وفقا لسلطتها التقديرية ،فإن رفضها اتخاذه أو الامتناع عن ذلك لا تقوم معه للقرار السلبي قائمه،وتكون دعوى الإلغاء المقامة غير مقبولة لانتفاء القرار الإداري.

وحيث أن المادة(١) من قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم ٢٧١٦ لسنة ١٩٦٦في شأن هيئة النقل العام بمدينة القاهرة تنص على أن:

= مادة ٤ " الأساس الاقتصادى لجمهورية مصر العربية هو النظام الإشتراكى الديمقراطى القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال ويؤدى إلي تقريب الفوارق بين الدخول ويحمى الكسب المشروع ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة .

مادة ٢٧ يشترك المنتفعون في إدارة مشروعات الخدمات ذات النفع العام والرقابة عليها وفقا للقانون .

"فيما عدا ما يدخل في اختصاص هيئة أو مؤسسة أخرى أو ما يكون مدارا بطريق الالتزام تتولى هيئة النقل العام لمدينة القاهرة دون غيرها إدارة واستغلال كافة مرافق النقل العام للركاب بالقاهرة الكبرى ويكون لها في سبيل تحقيق أغراضها إقامة واستغلال المنشآت الملحقة أو المرتبطة أو المتممة لمرفق النقل العام للركاب بمدينة القاهرة.

وتنص المادة(٤) من هذا القرار على أن :"يختص مجلس الإدارة فضلا عن الاختصاصات المنصوص عليها في القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ المشار إليه بالنظر في وضع السياسة العامة للهيئة وبرامج المشروعات الخاصة بالأعمال الجديدة ، وتحديد مسارات الخطوط الجديدة ومواقع المحطات وتنسيق وسائل النقل والنظر في التعديلات الجوهرية للسيارات أو للشبكة الحالية وكذا الإلغاءات.

والمستفاد من ذلك أن المشرع قد ناط بهيئة النقل العام لمدينة القاهرة دون غيرها القيام بإدارة واستغلال كافة مرافق النقل العام للركاب بالقاهرة الكبرى ولها في سبيل تحقيق ذلك تحديد مسارات الخطوط الجديدة ومواقع المحطات وتنسيق وسائل النقل وإدخال التعديلات الجوهرية على هذه الخطوط والمسارات .

ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على أن جهة الإدارة باعتبارها القائمة على مصالح المواطنين وتحقيق الأمن والرخاء لهم تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الموقع المناسب لإقامة مشروعاتها في ضوء ما يظهر لها من اعتبارات المصلحة العامة ،على اعتبار أنها الأكثر دراية باحتياجات الجماهير العريضة من الشعب ،ولا تعقيب عليها في ذلك طالما خلا مسلكها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الإدارة العامة لمرور القاهرة قد أعدت مذكرة لرفعها إلي محافظ القاهرة ضمنتها إيقاف المترو بميدان رمسيس وعدم تشغيله في المسافة من ميدان رمسيس وحتى ميدان الشهيد عبد المنعم رياض (التحرير) وأنه بتاريخ ١٩٩٧/١١/٦ وافق المحافظ على هذه المذكرة ،وإذ تطلب المدعية إعادة تشغيل المترو في المسافة من ميدان رمسيس وحتى ميدان الشهيد عبد المنعم رياض .وكانت جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن غير ملزمة على

النحو السالف بيانه بإعادة تشغيل المترو في هذا المسار ،*الأمر الذي لا يشيد قـــرارا سلبيا بالامتناع ،وتكون الدعوى الماثلة غير مقبولة لانتفاء القرار الإداري.*

ومن حيث انه عن شكل الدعوى بخصوص طلب التعويـــض ،فإنـــها لا تتقيــد بالمواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقـــم ٤٧ لسنة ١٩٧٢،وإذ استوفت الدعوى سائر أوضاعها الشــكلية الأخـــرى المقـــررة قانونا،فإنها تكون بخصوص هذا الطلب مقبولة شكلا.

وحيث أنه عن الموضوع ،فإن المادة ١٦٣ من القانون المدني تنص علـــى أن :"كل خطأ سبب ضررا للغير ،يلزم من ارتكبه بالتعويض" ، والمستقر عليه أن منـــاط مسئولية الجهة الإدارية عن قراراتها مرهون بتوافر ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما .

ومن حيث أن الثابت من الأوراق ،وعلى النحو السالف بيانه بخصوص طلـــب الإلغاء ،أن الجهة الإدارية ليست ملزمة بإصدار قرار إداري بإعادة تشغيل المترو فـــي المسافة من ميدان رمسيس وحتى ميدان (التحرير) وأن تصرفها جاء متفقا مع أحكـلم القانون الأمر الذي ينتفي معه ركن الخطأ في مسئولية الجهة الإدارية ،وبالتالي فـــان طلب المدعية يكون غير قائم على أساس خليقا بالرفض.[٤٩٢]

([٤٩٢])طعنت المدعيه على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا وقيد الطعن برقم ٦٢٥١ لسنة ٤٧ ق

المبحث الثالث
" الأساس القانوني لامتداد أثار عقد الامتياز إلي الغير"

أشرنا في المبحثين السابقين إلي أن آثار عقد الامتياز تمتد إلي غير المتعـاقد استثناء من قاعدة نسبية آثار العقد ، وفي هذا المبحث نتنـــاول بالدراســة مختلـف الأسس والأفكار التي قيل بها تبريرا لامتداد آثار عقد الامتياز إلي الغير وذلــك مــن خلال مطلبين :

المطلب الأول
" نظرية الاشتراط لمصلحة الغير "

المطلب الثاني
" الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كمبرر لامتداد آثارك إلي الغير "

المطلب الأول

" نظرية الاشتراط لمصلحة الغير "

"Theorie de la stipulation pour autrui"

إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون الخاص لتبرير امتداد آثار العقود إلي غير المتعاقدين قد ورد النص عليها في المواد ١٥٤، ١٥٦ من القانون المدني ، ويتحقق الاشتراط لمصلحة الغير بتوافر الشروط الآتية[٤٩٣]:-

•أن يتعاقد المشترط باسمة لا باسم المنتفع وألا يكون المنتفع طرفا في العقد.

•أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع .

•أن يكون للمشترط من وراء ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .[٤٩٤]

وقد لجأت المحاكم القضائية إلي هذه النظرية لتبرير بعض آثار عقود الامتياز وفق الشروط التي ترد في عقود التزام المرافق العامة لصالح المنتفعين ، وأيضا لمصلحة العمال من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ...الخ .

وقيل بأنه ليس ثمة مانع من تطبيق النظرية في نطاق العقود الإدارية متى توافرت شروطها ، ذلك أن أحكامها لا تتعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة . على أن إمكان تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية لا يعني صلاحية تطبيقها لتفسير الآثار التي ترتبها تلك العقود في مواجهة الغير في جميع الحالات ، فالنظرية يتحقق تطبيقها في كل حاله تستوفي شروط التطبيق المشار إليها .وفي النصوص التي تتضمنها العقود لصالح العمال مما يجعل الملتزم مسئولا مباشرة في مواجهة الإدارة والعمال في حالة تنازله عن العقد إلي متعاقد آخر وموافقة الجهة المانحة [٤٩٥] .

---

(٤٩٣) استاذنا العميد المرحوم الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٨٢ وما بعدها.

(٤٩٤) الوسيط استاذنا المرحوم الدكتور السنهورى الجزء الأول ص ٥٧٣ .

(٤٩٥) انظر المرحوم الدكتور السنهورى المرجع السابق ص ٥٧٢ فهو يقول في وسيطه بأنه إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به فإن مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور فيشترط مثلا حدا

ويقول أستاذنا العميد الطماوى بأن هذا التبرير ترفضه غالبية فقهاء القانون العام كأساس عام لتبرير آثار العقود الإدارية في مواجهة الغير، وبصفة خاصة في مجال عقود الامتياز ويوجهون إليه الانتقادات الآتية :

١)يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معينا أو قابلا للتعيين والذي من العسير بل والمستحيل تحققه في عقود الامتياز .

٢)تؤدى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير إلي منح الغير حقا مباشرا بمقتضى العقد في مقاضاة المتعهد ، لكن عقود الامتياز تخول المنتفع حقوقا أكثر من ذلك إذ تسمح له *بمقاضاة الإدارة ذاتها*، وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

٣)أنه متى قبل المستفيد بالشروط المقررة له بمقتضى العقد فإن حقه يستقر بصورة نهائية،وليس الأمر كذلك في مجال عقود الامتياز . فالإدارة لها كامل الحق في أن تتدخل بتعديل الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالزيادة أو النقص ،وهذا التعديل يسرى على جميع المنتفعين على السواء الحاليين منهم ، وأولئك الذين يطلبون الانتفاع بالخدمة بعد التعديل .

٤)أنه لا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير أن تفسر حق المنتفع في الالتجاء إلي قاضي الإلغاء ، في خصوص تنظيم عقد الامتياز لأن مخالفة الإدارة لشرط وارد في العقد يثير المسئولية التعاقدية التي تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الإلغاء ،وهو قضاء عيني *contentieu objectif* لا يثار إلا إذا كان ثمة نزاع يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية[٤٩٦] .

٥)أنه إذا ما صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في بعض الحالات لتفسير الآثار المقيدة للعقود الإدارية في مواجهة الغير ، *فإنها لا تصلح قطعا لتبرير الأعباء التي تفرضها تلك العقود على الغير.*

معينا من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزة في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته

[٤٩٦]) يراجع مؤلف استاذنا العميد الطماوى الوجيز في قضاء الإلغاء ١٩٨٤ الناشر دار الفكر العربى .

المطلب الثاني

" الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كمبرر لامتداد آثاره إلي الغير "

يرى الفقيه "بيكينو" أنه من غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التي تقضي بقصر آثار العقود على أطرافها، وأنه من غير المجدي محاولة إكراه نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية وتحوير أحكامها حتى تصلح سندا قانونيا لتبرير الآثار التي تولدها العقود الإدارية في مواجهة الغير، .

على أنه إذا كان هذا الرأي يرجع آثار العقود الإدارية في مواجهة الغير إلي طبيعة الاختصاصات الإدارية بصفة عامة فإن العقود الإدارية هي المصدر المباشر لتلك الآثار لأن هذه العقود هي التي تجعل المتعاقد دائنا أو مدينا بتلك الآثار في مواجهة الغير [٤٩٧].

ويذهب فريق من الفقهاء إلي أن العقود الإدارية تخضع لنسبية آثارها كما هو الشأن في عقود القانون الخاص ،ومن هذا الرأي الفقيه " دى لوبادير " ويستند في ذلك إلي أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية [٤٩٨]

(أ)حكم المجلس الصادر في١٨ مارس ١٩٢٧ في قضية *fauvet* .

(ب)حكم المجلس الصادر في١٨مارس١٩٢٧ في قضية *Cie international du gaz*

(ج)حكم المجلس الصادر في ٢٢ نوفمبر ١٩٠٧ في قضية *Esote*.

ولكن الفقيه "دى لوبادير" لم يكن يستطيع أن ينكر الحالات الكثيرة التي تؤدى فيها العقود الإدارية إلي إفادة الغير أو إلي تحميله بعض الأعباء وهي حالات استثنائية يمكن إرجاع كل طائفة منها إلي أساس قانوني معروف لا يمس قاعدة نسبية العقود كما في الحالات الآتية :

هناك بعض حالات صورها الفقيه" بيكينو" على أنها تعتبر تطبيقا لقاعدة امتداد آثار العقد إلي الغير وهي في حقيقتها ليست كذلك، ومنها في نظر الفقيه دى لوبادير حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون ، ومنها أيضا المزايا التي يستمدها المتعاقد من العقد كشرط ضمان عدم المنافسة، أو الإعفاء من

---

[٤٩٧] أستاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٨٧ ، ٦٨٨

[٤٩٨] المجموعة ص ٣٦٠ ، مجموعة سيرى ١٩٣٩ القسم الثالث ص ١ ، المجموعة ص ٨٤٩ .

الضرائب....الخ ويوافق الفقيه" دى لوبادير" على أن الآثار التي ترتبها هذه الشروط في مواجهة الغير تعتبر *آثار غير مباشرة* ولا ترقى إلي مرتبة الاستثناءات من قاعدة نسبية آثار العقود .

وهناك بعض التزامات يتحملها الغير نتيجة للشروط الواردة في العقد -كحق المتعاقد في شغل بعض الأملاك العامة المجاورة لموقع العمل، أو في أخذ مواد منها ،واحتمال استفادة المتعاقد من سلطة نزع الملكية .. الخ . والفقيه " دى لوبادير " يرد أساس هذه الحالات إلي القانون باعتباره المصدر الذي رتب هذه الالتزامات، واعتبرها من قبيل الاتفاقات القانونية " *Les servitudes legales* " في معظم الحالات التي تمتد فيها آثار العقود الإدارية إلي الغير نتيجة لشروط العقد فإن الفقيه " دى لوبادير " يرجع ذلك إلي فكرة الاشتراط لمصلحة الغير بشروطها المعروفة.

وفي حالة عقد الامتياز فإن الفقيه " دى لوبادير" يرجع استفادة الغير من الشروط الواردة في عقد الامتياز إلي الطبيعة اللائحية لهذه الشروط ،ويرى أن شروط عقد الامتياز وحده والمتصلة بتسيير المرفق دون غيرها هي التي يمكن أن توصف بالطبيعة اللائحية (٤٩٩) .

والواقع أن فكرة الآثار التي يمكن أن ترتبها العقود الإدارية في مواجهة الغير إنما تستمد سندها من صلة العقد بالمرفق العام ،وبتحقيق الصالح العام ،ولهذا خرجت العقود الإدارية عن دائرة القواعد المدنية ، و يؤكد أستاذنا العميد الطماوى بأن الأسس والاعتبارات أدت إلي استمرار تقسيم الشروط التي ترد في العقود الإدارية إلي طائفتين، و ما يزال هذا التقسيم يحتفظ بقيمته من حيث معرفة آثار العقود بالنسبة إلي غير أطرافها وذلك من حيث الشروط التي لا تتصل بالمرفق العام ، ويطلق عليها عادة اصطلاح " الشروط التعاقدية" وتقتصر آثار العقود على أطرافها في هذا الصدد وفق القواعد المدنية اللهم إلا إذا تضمنت تلك الشروط نصا صريحا يرتب حقا للغير وهنا تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بشرط استيفاء أحكامها .

أما من حيث الشروط التي تتصل بتنظيم المرفق العام : ويطلق عليها اصطلاح " شروط لائحية " *ciauses reglementaires* " فقد خرجت القواعد المنظمة للعقود الإدارية عن مثيلاتها في القانون الخاص بحسبان أن تنظيم المرفق ، وتشغيله

---

(٤٩٩) دى لوبادير – مطوله في العقود – الجزء الثاني هامش ص ٨٧ .

بموجب عقد امتياز لا يعني ذلك أن الإدارة قد تخلت عن واجبها الأصيل في تنظيم المرفق، لفرد من الأفراد ،ويتعين إدراج هذه الشروط في العقد منذ البداية فيقدر المتعاقد سلفا التزاماته على هداها ولا سلطان له على تلك الشروط، وخضوعها للتعديل بمعرفة الإدارة المانحة.

وتقول محكمة القضاء الإداري المصرية عن تلك الشروط أن" المتعاقد" إذا قبلها أصبح في مركز تعاقدي شكلا تنظيمي موضوعا ،ومن هنا ينشأ عن العقود الإدارية مراكز خاصة تختلف تماما عن تلك التي تنشأ في ظل العقود المدنية "

وقد لجأ الفقيه " دى لوبادير " إلي هذا التكييف في حالة عقود الامتياز ولكنه رفض فكرة الشروط اللائحية في مجال العقود الإدارية الأخرى فاضطر إلي أن يلجأ إلي أكثر من سند لتبرير أثر العقود الإدارية بالنسبة إلي الغير(٥٠٠)

ويرى أستاذنا العميد الطماوى "أنه لا محل لتمييز عقود الامتياز، وأنه يجب التسليم بالطبيعة اللائحية لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافق العامة المدرجة في العقود الإدارية الأخرى ،ومتى سلمنا بهذه الطبيعة اللائحية صار إدراك ما ترتبه العقود الإدارية من آثار في مواجهة الغير في بعض الحالات مفهوما ،ومرجعه أن القرارات الإدارية إنما تعبر عن إرادة الإدارة وحدها ،ولا تحتاج إلي مصادقة الأفراد على ما ترتبه لهم من مزايا أو تفرضه من أعباء ،وهذا التكييف ينسجم مع الأحكام الأساسية للعقود الإدارية كما أنه يفسر أثر العقود الإدارية بالنسبة إلي الغير ،ويضع هذه الفكرة في نطاقها الطبيعي ويرسم حدودها المعقولة ".

والحقيقة أن أساس حقوق المنتفعين و الغير يرتد الي الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز لوثيق ارتباطه ودوام اتصاله بتسيير مرفق عام ، ولهذا فان معظم نصوص هذا العقد لائحية يمتد أثرها الي المنتفعين و الغير بصورة مباشرة ، ويجب علي الملتزم تحقيق المساواة بينهم في ضوء ما يفرضه القانون من أحكام.

وقد نصت المادة ٦٠ مدني علي :-

" إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعليا ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور .

---

(٥٠٠) أ د. الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٨٨ وما بعدها

و لا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة نطوي على تخفيض الأجور ،أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة. من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تُحَرِّم على الملتزم أن يمنح عملاءه ميزات يرفض منحها للآخرين .

و كل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذي يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة."

****

الباب الثالث

نهاية عقد الامتياز

الباب الثالث

نهاية عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم :

ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية بانتهاء مدته شأنه شأن سائر العقود الإدارية ، وقد ينتهي نهاية مبتسرة قبل حلول الأجل المحدد له، إعمالا لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي الصالح العام، ويتفق المشرع مع الفقه والقضاء في الحكم على ضرورة تحقيق موازنة بين اعتبارين أساسيين يتعلقان بإنهاء عقد الامتياز .

فمن ناحية يعتبر الامتياز طريقا من طرق إدارة المرافق العامة ، الأمر الذي يتمخض عنه زيادة في أحوال إنهاء عقد الامتياز قبل حلول أجله ، استنادا إلى السلطة التقديرية المخولة للإدارة في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسبا لتشغيل مرفق الامتياز وتسييره .

ومن ناحية ثانية فإن جسامة المبالغ التي تُنفق في سبيل إعداد مرفق الامتياز وتشغيله . تستوجب حماية حقوق الملتزم حين ينتهي عقده قبل الأوان ، وهو لم يسترد بعد ما أنفقه فيه من أموال طائلة .

ويتجسد الهدف في التوفيق بين هذين الاعتبارين في كفتى ميزان ، لدي إجراء التصفية المالية لحقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية ، وفقاً للقانون ومقتضيات العدالة وحسن النية في المعاملات .

وفي هذا المضمار- تدور المبادئ والأحكام العامة في خصوص معالجة الموضوعات المتعلقة بالنهاية الطبيعية والنهاية المبتسرة ، وبالتصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام ، والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ذلك الذي أصبح يحظى بأهمية بالغة مواكبا اتجاه الدول نحو الأخذ بنظام الاقتصاد الحر.

ويتلازم مع هذه الأمور في نطاق البحث ، ما تشكله النهاية المبتسرة لعقد الامتياز من أضرار بالغة بالملتزم الحريص حين ينتهي عقده قبل الأوان ، ولما يسترد بعد ما أنفقه من مبالغ طائلة في سبيل إعداد مرفق الامتياز وتشغيله على

أفضل نحو مما يقتضي والحال كذلك خضوع قرار الإدارة الصادر بإنهاء عقد الامتياز لرقابة القضاء للحكم بإلغائه والتعويض عنه إذا ما جاء مخالفا للقانون .

وترتيبا على ذلك تنقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول

" النهاية الطبيعية لعقد الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

الفصل الثاني

" النهاية المبتسرة لعقد الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

الفصل الثالث

" التصفية المالية لعقد الامتياز و الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

الفـصل الأول
النهاية الطبيعية لعقد امتياز المرفق العام

تقسيم:

ينتهي "عقد الامتياز إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصرا جوهريـا فيها فتحل النهاية الطبيعية للعقد بانقضاء المدة المحددة في وثيقته ، والمسـلم فـي فرنسا ومصر تأقيت التزامات المرافق العامة بوضع حـد أقصى لمدة العقد ، وكذلـك حين يتفق الطرفان على تجديده أو مد المدة المتفق عليها ، ونتعرض لدراسـة هـذه الموضوعات في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

" انتهاء مدة عقد الامتياز "

المبحث الثاني

" تجديد وامتداد عقد الامتياز "

المبحث الثالث

" انتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

المبحث الأول
" انتهاء مدة عقد الامتياز "

يقصد بالمدة في عقد الامتياز : الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة واستغلال المرفق العام ويعبر عنها بـ " مدة الاستغلال " وهي مدة طويلة نسبياً فلا يتصور أن ينعقد امتياز لبضع سنوات ، بل تتراوح مدته ما بين ٢٠ و٩٩ عاماً. (٥٠١)

وقد كان الالتزام معمولاً به في مصر دون تشريع ينظمه بلغت مدته ٩٩ عاماً ، ثم تضمن دستور ١٩٢٣ نصا صريحا في المادة ١٢٣ على أن " كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وإلى زمن محدود " .

وبتاريخ ١٩٤٧/٧/٢١ صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة – فحدد مدة الامتياز بما لا يجاوز ثلاثين عاماً.

ثم أخيراً أصدر المشرع القوانين أرقام١٠٠، ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨ في شأن منح التزام المرافق العامة ، وحدد فيها مدة عقد الامتياز بألا تزيد على تسعة وتسعين عاماً .

وأحياناً قد يخلو العقد من تحديد المدة – وهو أمر نادر الوقوع-حينئذ لامناص من اعتبار مدة عقد الامتياز في ظل القانون ١٢٩ لسنة١٩٤٧ ثلاثين عاما، أما العقود الخاضعة للقوانين الأخرى المشار إليها فتكون تسعة وتسعين عاماً.

هذا ولما كان الامتياز من طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصراً جوهرياً فيها فلا يمكن أن تكون المدة مؤبدة إذ أنه بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد تحل النهاية الطبيعية لعقد الامتياز وينقضي العقد بقوة القانون وبالتالي يتحرر المتعاقد من التزام إدارة المرفق العام ذلك ما لم يتقرر تمديد العقد أو تجديده طبقاً لحكم القانون الذي يخضع له عقد الامتياز .

---

(٥٠١)يراجع في هذا الموضوع أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في " أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام دراسة مقارنة" طبعة ١٩٩٥ ، الناشر النهضة العربية ص ٢٥ وما بعدها –وفي العقود الإدارية –المرجع السابق ص١١٩.

المبحث الثاني
" تجديد وامتداد عقد الامتياز "

إن تحديد مدة عقد الامتياز بثلاثين عاماً أو ٩٩ عاماً كحد أقصى لا يمنع من تجديد العقد عند نهاية مدته كما يجوز مد المدة المتفق عليها إذا كانت تقل عن ثلاثين عاماً وذلك بالنسبة للعقود الخاضعة للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ أو كانت تقل عن تسعة وتسعون عاماً فيما يخص العقود الخاضعة للقوانين الأخرى سالفة البيان.[٥٠٢]

وفي الحالتين يجب أن يصدر التجديد ، أو المد من جانب السلطة المختصة بإبرام العقد وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : تجديد عقد الامتياز :

حدد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ مدة عقد الامتياز بثلاثين عاماً، ولم يرد في نصوص القانون ما يمنع التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بموجب عقد جديد إذا ما ثبت للإدارة أنه أصلح المتقدمين في أداء الخدمة المطلوبة .

ويحتوي عقد الامتياز أحياناً على شرط الأولوية عند التجديد " *Clause de Préférence* " أى شرط الأفضلية ، وهذا الشرط يعنى أنه إذا ما رأت الإدارة عند نهاية العقد الأصلي الاستمرار في إدارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الالتزام- فإن الملتزم القديم يُفضَّل عند تساوي الشروط والظروف فيما بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد" *A Conditions égales* " .

ويتعين على الإدارة احترام هذا الشرط لمشروعيته واتفاقه مع اعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام في أن يظل المرفق العام يسير بانتظام واطراد مع الملتزم القديم ، ولا تثريب على الإدارة في ذلك - فالأولوية للملتزم لسابقة خبرته في إدارة المرفق أما إذا لم يتساوَ مع المتنافسين الجدد فقدم بعضهم شروطا أفضل منه حينئذ يكون الاختيار من بينهم وهنا لا يطبق شرط الأولوية عند تجديد العقد .[٥٠٣]

---

(٥٠٢) المرجع السابق ص٢٩ وما بعدها.

(٥٠٣) أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر -المرجع السابق في العقود الإدارية ص٣٠٤.

وفي حالة خلو العقد من شرط الأفضلية فإن اعتبـــارات العدالـــة ومقتضيـات الصالح العام تحظى بالاعتبار والقبول من أجل إبرام العقد الجديد مع الملتزم القديـــم بسبب تميزه عن سائر المتقدمين، الجدد لسابقة خبرتـــه فـــي إدارة المرفــق محــل التعاقد- وبالتالي ترجح كفته في حالة تساوي الأوضاع بينه وبينهم في الميزان.

ثانياً : امتداد عقد الامتياز :

يجوز لطرفي عقد الامتياز الخاضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشـــار إليه أن يتفقا على مد المدة المتبقية في العقد الأصلي، وهنا يرد قيد أســـاسي علــى حرية الإدارة ، فهي لا تستطيع مد مدة الالتــزام إلا إذا كانت مدة العقد الأصلي تقــل عن ٣٠ عاماً ، أما إذا كانت المدة المحددة أصلاً ٣٠ عاماً فلا يجوز التمديـــد وإنمــا يجوز تجديد مدة العقد ، وحينئذ يتعين مراعاة أحكام التجديد.

المبحث الثالث
"انتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

بناء على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزامات المرافق العامة أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ١،٢،٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة ثلاثة مطارات بنظام امتياز الـ *B.O.T.* إلى ثلاث شركات مساهمة مصرية وفقاً للعقود الثلاثة المرفقة بهذه القرارات[٥٠٤] على نحو ما يلي:-

العقد الأول أبرم مع "شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ش.م.م ،،، وتنص الفقرة ٢ من البند (جـ) من المادة(٣) "موضوع العقد" :" يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار "٤٠ سنه" تدخل فيها فترة الإنشاء وفقاً للقواعد والشروط التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق رقم ٣١ ... وجاء بالفقرة ٢ من البند (د) من ذات المادة بأنه:" يجوز مد فترة الاستغلال بعد انتهائها من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه".

وجاء بالملحق ٣١-١ : "للهيئة المصرية العامة للطيران المدني بموافقة صاحب الامتياز استمرار الاتفاق لفترات إضافية بعد الفترة الأولى على أن تقوم الهيئة بإخطار صاحب الامتياز بنواياها لتجديد الاتفاق بمدة لا تقل عن ٣ سنوات قبل تاريخ انتهاء الاتفاق القائم أو تسليم المطار ".

العقد الثاني أبرم مع شركة كاتو للاستثمار - ش.م.م .

العقد الثالث أبرم مع شركة دلتا جلف - ش.م.م.

فقد جاء بعجز المادة الأولى من قراري مجلس الوزراء رقمي ٢و٣ لسنة ١٩٩٨ المشار إليهما ما نصه :

" ولا يسري تجديد العقد سوى مرة واحدة لفترة أخرى تبلغ ٤٩ عاماً".

---

[٥٠٤] صدرت قرارات مجلس الوزراء أرقام ١،٢،٣ لسنه ١٩٩٨ القرار رقم١ في ١٩٩٨/٧/١ والقرارين٢،٣ في ١٩٩٨/٩/٢ ونشرت بالوقائع المصرية ملحق الجريدة الرسمية العدد٢٦٤،٢٦٤أ،٢٦٤ب،على التوالي في يوم الخميس ٣٠من رجب ١٤١٩ الموافق ١٩من نوفمبر ١٩٩٨ لسنه ١٧١هـ والمطارات الثلاثة هي: ١- مطار مرسي علم ، ٢- مطار العلمين ، ٣- مطار رأس سدر.

وجاء بالفقرة ١ بند (د) المادة الثالثة في العقدين ما نصه:

" مدة الالتزام خمسون عاماً شاملة فترة الإنشاء ، وتجدد لفترة أخرى تلقائياً ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر برغبته في إنهاء الالتزام في حدود القوانين المنظمة لذلك".،

هذا وتحل النهاية الطبيعية لعقود الامتياز الثلاثة الصادرة بنظام الـ *B.O.T.* وينقضي العقد فيها بقوة القانون بنفاذ المدة المقررة بكل منها.

وبذلك يتم تمديد فترة الامتياز بأحد أسلوبيين:

الأسلوب الأول: بالنسبة للعقد الأول: يتم مد فترة الاستغلال لفترة إضافية (تجديد العقد) بشرط قيام الطرف الأول (الإدارة) بإخطار الطرف الثاني بذلك قبل انتهاء الفترة الأولى بمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ، وذلك من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه.

الأسلوب الثاني: بالنسبة للعقدين الثاني والثالث : فالعقد يسري مرة واحدة فقط تبلغ ٤٩ عاماً ، ويجدد تلقائياً ما لم يقم أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر برغبته في إنهاء عقد الالتزام في حدود القوانين والقواعد المنظمة لذلك .

وبهذه المثابة تتفق أحكام انتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* مع القواعد والأحكام العامة السابق بيانها في هذا الفصل ، ويتميز أسلوبي التجديد والمد التلقائي بمرونة ، واختصار في الإجراءات بالنسبة للعقدين الثاني والثالث ، *وهو تطور محمود يعبر في وضوح عن تمسك الإدارة بتطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.*

****

الفصل الثاني
" النهاية المبتسرة لعقد امتياز المرفق العام "
« La Fin Anticipé de La Concession de Service Public »

تقسيم:

قد ينتهي عقد الامتياز نهاية مبتسرة قبل نهاية المدة المحددة في العقــد إمــا بطريق الاسترداد ، أو الفسخ ، أو الإسقاط وفى جميع الأحوال يخضع القرار الصــادر بإنهاء العقد للرقابة القضائية ، ونعالج هذه الموضوعات في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

" استرداد الالتزام والفسخ "

المبحث الثاني

" إســـقاط الالتزام "

المبحث الثالث

" رقابة القضاء على قرار إنهاء عقد الامتياز "

المبحث الأول
" استرداد الالتزام وفسخ العقد "
« Le Rachat de La Concession et Le Résolution du Contrat »

نتعرض لدراسة استرداد الالتزام ، وفسخ عقد الامتياز قبل حلول أجله المحدد سواء أكان الإنهاء بسبب خطأ الملتزم أو دون خطأ منه وذلك في مطالب ثلاثة على النحو التالي:[٥٠٥]

المطلب الأول
" الاسترداد في عقد الامتياز وامتياز الـ*B.O.T.* "

المطلب الثاني
" حالات الاسترداد وصوره "

المطلب الثالث
" فسخ عقد الامتياز "

---

[٥٠٥] يراجع في خصوص هذا الموضوع مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد -أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام ص٣٥ وما بعدها وأ. د./الطماوى في "الأسس العامة للعقود الإداريه المرجع السابق ص٦٩٥ ورسالة الدكتور/محمد صلاح عبد البديع بعنوان "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق عام ١٩٩٢ ص٥٨٥ ورسالة أستاذنا الدكتور ثروت بدوي عن فعل الأمير في العقود الإداريه في القانون الفرنسي والمصري باريس ١٩٥٤ ص١٢١ ويراجع مطول الفقيه جيز في العقود الجزء الأول ص٢٣١ والجزء الثالث ص١٢٠٥ وما بعدها كما يراجع الفقيه ونار في القانون الإداري الطبعة الرابعة ص٧٦٣ ،وأيضا مطول دى لوبادير في العقود المرجع السابق ص١٨٦ وتراجع رسالة ***Lecomte*** بعنوان "***Le ratchet Des concessions***"

المطلب الأول

" الاسترداد في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* "

نتناول في فروع ثلاثة تعريف الاسترداد في عقد الامتياز وأهميتـــه العمليـــة، والتكييف القانوني للاسترداد وتمييزه عن غيره من الأفكار القانونيـــة المشـــابهة ، وبيان الطبيعة القانونية للاسترداد وما يترتب عليه من نتائـــج:

الفرع الأول

" تعـريف الاستـرداد وأهمـيته العمـلية "

الفرع الثاني

" التكييف القانوني للاسترداد وتمييزه عن الأفكار القانونية المشابهة "

الفرع الثالث

" الطبيـعة القانونيـة للاسترداد وما يترتب عـليه من نتائج "

الفرع الأول
" تعـريف الاسـترداد و أهمـيته العمـلية "

<u>أولاً : تعريف الاسترداد :</u>عرفه الفقيه " *Lecomte* " بأنــــه " طريــق اســتثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته " .

ويتم الاسترداد وفقاً لهذا التعريف بموجب قرار يصدر مـــن الإدارة لمصلحــة المرفق العام ذلك عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر انقضاء الالتزام لاستعادة المرفـــق وإدارته بالطريق المباشر ، ولا يتطلب هذا الإجراء اتفـــاقاً مع الملتزم فـــالقرار فـــي هذه الحالة أمر تقديري شرطه أن تحدد الإدارة ما إذا كان هناك سبب يبرر الاســترداد حتى لا يكون قرارها <u>مشوباً بإساءة استعمال السلطة والانحراف بها</u> .[٥٠٦]

ويعرفه الفقيه " دى لوبادير "بأنه"إجراء منفرد صـــادر مـــن الجهـــة الإداريـــة المانحة أثناء تنفيذ الالتزام بغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض للملتزم " .

<u>ويستخلص من ذلك أمران أساسيان :</u>

<u>الأمر الأول :</u> أن استرداد الالتزام إجراء صادر من جانب الإدارة المانحـــة وحدهـــا ، فأوضاع الاسترداد غالبا ما ينظمها عقد الامتياز ويطلـــق عليـــه فـــي هـــذه الحالـــة "الاسترداد التعاقدي "

<u>الأمر الثاني :</u> أن الاسترداد يختلف عن حالات انتهاء العقد بناء على طلب الملـــتزم،،، أو بقوة القانون نتيجة القوة القـــاهرة،،،أو لانتـــهاء مدتـــه،،،أو انتهائـــه بالفســـخ القضائي،،، أو إسقاط الالتزام للأخطاء الجسيمة التي ارتكبها الملتزم.

---

(٥٠٦) "راجع رسالة *Lecomte* في تعريف الاسترداد ص١٤،١٥ باريس ١٩٤٢ –"حيث يذكر في هذا الشأن ما يلي:-

« Certains estiment qu'elle s`analyse ennuie expropriation du concessionnaire pour cause d`utilité publique " Non seulement le régime juridique du rachat est absolument étranger à celui de l`expropriation ,mais encore on ne peut même pas dire que le rachat se ramène à un transfert de propriété immobilière car il ne porte pas seulement sur des immeubles et ceux sur lequels il porte ne sont pas tous la propriété du concessionnaire ».

ثانياً الأهمية العملية للاسترداد :

يستهدف القانون في مجال الاسترداد الموازنة بين اعتبارين أساسيين يتصلان بطبيعة عقد امتياز المرفق العام :

الاعتبار الأول : أن للإدارة مانحة الامتياز الحق في إنهاء العقد وإدارة المرفق بالأسلوب المباشر إذا ما ارتأت لذلك أسباباً ضرورية لحسن سير المرفق العام وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة.

الاعتبار الثاني : أن عقود الامتياز تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لإنشاء وتشغيل المرفق العام وإدارته ،وهذه العقود بحكم طبيعتها طويلة المدة ليتمكن الملتزم خلالها من تعويض النفقات التي تكبدها في سبيل ذلك ،،، *ولهذا يكون إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقد الامتياز أمراً لازماً.*

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن صالح الملتزم وقد تكبد نفقات كبيرة في عمليات الإنشاء والتشغيل ، أمر يستوجب الحماية بتقرير الضمانات الفعالة لمواجهة أي استرداد يطرأ قبل الأوان ،،، ويتمثل ذلك في منح الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسائر وما فاته من كسب ، ويحق للملتزم أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار الاسترداد في حالة عدم مشروعيته ، وكذلك إذا لم يستند القرار إلى أسباب جادة مستوحاة من المصلحة العامة .(٥٠٧)

وقضت المحكمة الإدارية العليا: " أن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والتي تحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة".

و"للإدارة التحلل من تعاقدها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر،،، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر و يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته ".(٥٠٨)

---

(٥٠٧) الدكتور /صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٥٩٤.

(٥٠٨) الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ ،و الطعن رقم ٢/١٥٢٠ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ " .

"وإن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقـــــة، ولكنـــها سـلطة تقديرية تستهدف تحقيق المصلحة العامة فإذا ثبت للقضاء أن قرار الإنـــهاء لا يقـوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار" .[٥٠٩]

[٥٠٩] الدعوى رقم ١٥٥٤ - ٣٠ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ .

الفرع الثاني
" التكييف القانوني للاسترداد و تمييزه عن الأفكار القانونية المشابهة "

اختلف الفقه الفرنسي حول التكييف القانوني لاسترداد الالتزام على نحو ما يلي::

يرى الفقيه" *Colson* " بأنه من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة " ، وقد صادف هذا الرأي قبولاً من جانب الفقيه جيز والفقيه بونار ،،، وانتقده آخرون بحجة اختلاف النظام القانوني لكل من الإجراءين ، فالاسترداد ينصب على منقولات وأموال ليست مملوكة للملتزم .[٥١٠] ويرى الفقيه "دى لوبادير" بأن الاسترداد ليس إلا مجرد فسخ لعقد الامتياز استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية ، ودون خطأ من المتعاقد وذلك لدواعي الصالح العلم[٥١١].

واعتبر الفقيه " *Monsarrat* "[٥١٢] ان عملية الاسترداد هي بمثابة بيع حقيقي بعوض وتخضع بالتالي لرسوم التسجيل ،،، وقد تعرض هذا الرأي للنقد فالاسترداد يعطي للملتزم الحق في الحصول على تعويض موازٍ للأضرار التي لحقت به نتيجة التوقف عن نشاطه قبل الأوان ، وليس هذا الحق ثمناً لشيء مباع.

وذهب الفقيه " *Lecomte* " إلى أن نزع الملكية يكون بغرض نقل الملكية من المنزوع ملكيته إلى المنزوع إليه الملكيةَ – في حين أنه في مجال الالتزام فإن حق مانح الالتزام في ملكية المرفق لم ينقطع ولم يتوقف مطلقاً لأن الملتزم ليس مالكاً للمرفق الذي يتولى مهمة استغلاله.[٥١٣]

وأضاف " *Lecomte* " أن الاسترداد لا يكون بحسب طبيعته نقلاً للملكية، ولكنه إنهاء للعقد حيث يُنهي الاسترداد مركزاً قانونياً (الالتزام) في حين أن التنازل عن

---

[٥١٠] أنظر الفقيه"*Colson*" في مؤلفة *Couro d' economie* ص٤٢٠

[٥١١] دى لوبادير المرجع السابق ص١٨٧ ، ١٨٨ –الجزء الثالث.

[٥١٢] أنظر رسالة الفقيه *Monsarrat Concessions des communes, publications administratives Paris, 1948 P.132*،وذكر أن عملية الاسترداد هي بمثابة بيع حقيقي بعوض وتخضع بالتالي لرسوم التسجيل مستندا في رأيه إلى حكمين لمحكمة النقض الفرنسية .نقض مدني بتاريخ ١٧ يوليه ١٩٠٥ ، وبتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٠٩ كما تراجع رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع هامش ص ٦٠٢ .ص ٧٨ وما بعدها

[٥١٣] أنظر رسالة الفقيه *Lecomte* المرجع السابق ص٧٦.

الملكية يكون بقصد نقلها لمصلحة شخص آخر . كما أن الاسترداد لا يعتبر بيعاً إذ لا يشترط فيه دفع ثمن إنما يستوجب الاسترداد دفع تعويض، يكون مقداره أعلى بكثير من ثمن التنازل عن الملكية وذلك بسبب الطابع التعويضي.

وفيما يتعلق بالاسترداد التعاقدي والفسخ الاتفاقي: فإن أوضاع *الاسترداد التعاقدي* تتحدد وفق الشروط المنصوص عليها سلفاً في وثيقة الامتياز أما *"الفسخ الاتفاقي" المسمى "بالاسترداد الودي"* فيتم باتفاق طرفي العقد أثناء تنفيذه لإنهاء الالتزام قبل انتهاء مدته مقابل دفع تعويض للملتزم ولهذا تختلف شروط وأوضاع الاسترداد في الحالتين.

ومن ناحية أخرى تهيمن نظرية المصلحة العامة على فكرة استرداد المرفق قبل نهاية مدته الطبيعية - حيث يصدر الاسترداد بإجراء منفرد من الجهة مانحة الالتزام وفقا لسلطتها التقديرية في ضوء متطلبات الصالح العام - بينما يستلزم الاسترداد الودي "الفسخ" موافقة طرفي العقد والرغبة المشتركة في تسوية المشاكل المتعلقة بالنهاية المبتسرة لعقد الامتياز بغير تعويض ، حينما يبادر الملتزم إلى طلب فسخ العقد من الجهة المانحة.

وخلاصة القول أن استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام كما يجمع الفقهاء ليس إلا تطبيقاً خاصاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بإرادتها المنفردة ، وهذه من القواعد العامة التي تنطبق بطبيعة الحال على عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.[٥١٤]

---

[٥١٤] يراجع في هذا الصدد مؤلف أستاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها.

الفرع الثالث
" الطبيعة القانونية للاسترداد وما يترتب عليه من نتائج "

إن استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام هو إجراء لصيق بالنظام العام ويترتب علي ذلك النتائج الآتية:-

١)أن سلطة الإدارة في إجراء تعديل الامتياز مستمدة من طبيعة المرفق واتصاله الوثيق بالنظام العام ، ولذلك يعد الاسترداد قراراً كاشفاً ومقرراً للحق وليس منشئاً لحق جديد .

٢)أنه إذا تنازلت الإدارة عن حق الاسترداد ، أو قيدت نفسها بعدم ممارسة سلطتها في الاسترداد خلال مدة معينة فإن قرارها يقع باطلاً . (٥١٥)

٣) أنه يمكن تنظيم أحكام الاسترداد وتحديد أوضاعه بنصوص واضحة في وثيقة الامتياز .

٤) أنه لا يجوز للملتزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب باستغلال المرفق طوال المدة المتفق عليها بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين وذلك مما يدخل ضمن الشروط التعاقدية المنصوص عليها في وثيقة الامتياز.

٥) يحق للملتزم أن يطلب من قاضي العقد الحكم بإلغاء القرار الصادر بالاسترداد إذا ما صدر مخالفاً للقانون أو كان مشوباً بعيب يبطله وللقاضي الحكم بتعويض الملتزم جبراً لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب نتيجة حرمانه من استغلال المرفق خلال مدة الحظر فضلاً عن المدة الباقية من العقد.

---

(٥١٥) نعني مدة الحظر : "المدة المتفق عليها في وثيقة الامتياز حيث يمتنع على الإدارة القيام باسترداد المرفق خلالها"

المطلب الثاني

" حــالات الاستــرداد "

يتخذ الاسترداد في الواقــع العملــي صــوراً ثــلاث:الاســترداد التعــاقدي،،، الاسترداد غير التعاقدي ،،، الاسترداد التشريعي ، و نتعرض لهذه الصور بالدراســة على التوالي في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

" الاسترداد التعاقدي " *« Le Rachat Contractuel »*

الفرع الثاني

" الاسترداد غير التعاقدي" *« La Rachat Non-Contractuel »*

الفرع الثالث

"الاسترداد التشريعي" *« La Rachat Legal »*

الفرع الأول
" الاسترداد التعاقدي "
« Le Rachat Contractuel »

<u>الاسترداد التعاقدي:</u>

هو اتفاق ملزم ينظم العقد شروطه ويحدد أوضاعه ، وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه على ألا يكون من بينها ما يقضي بتنازل الإدارة عن حقها في الاسترداد.

وقد قنن المشرع المصري الاسترداد التعاقدي في المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة بأنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل نهاية مدته .

ويلاحظ أن القوانين أرقام ٢٢٩،١٠٠ لسنة١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ - ٢٢،لسنة١٩٩٨ قد تضمنت حكما يقضى بعدم التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة١٩٤٧ المشار إليه ، وفي هذا الصدد لم تتضمن هذه القوانين حكما يحدد شروط وأوضاع استرداد الالتزام قبل نهاية مدته كما خلت وثائق العقود الصادرة بنظام الـ*B.O.T.* من أية شروط وأحكام تتعلق بالاسترداد التعاقدي.

ويجري قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أهمية التحقق من توافر شروط معينة لممارسة الاسترداد التعاقدي وهي:

(١)إذا ورد نص في العقد يحدد شروط الاسترداد التعاقدي وأوضاعه وانقضت المدة وتجدد العقد مع ذات الملتزم ثم جاء خلوا من أية شروط فلا يمكن تطبيق ما ورد في العقد السابق من نصوص على العقد الجديد.

(٢)أن حق الاسترداد التعاقدي أمر تختص به السلطة المانحة ويتعين التنبيه على الملتزم قبل استعمال حق الاسترداد بمدة معنية إذا ما تضمن العقد شرطاً يقضي بذلك.

(٣)أنه يتعين الالتزام بما يتضمنه العقد من أسباب تتصل بالمصلحة العامة لممارسة الاسترداد ، فإذا ما لجأت الإدارة إلى استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية ، فإن قرارها على هذا النحو يكون مشوباً بعيب الانحراف وإساءة استخدام السلطة ،

وكذلك إذا خالفت الإدارة الشروط المنصوص عليها فى العقد- فإن القاضي يملك إلغاء القرار الصادر بالاسترداد والحكم عليها بالتعويض.

وبصفة عامة لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى الاسترداد التعاقدي إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وهذا شرط عام يهيمن على جميع تصرفات الإدارة.[٥١٦]

---

(٥١٦) فقد ترى السلطة مانحة الامتياز إحلال طريقة جديدة لإدارة المرفق العام كطريق الإدارة المباشرة *La gestion en régie* أو طريق الاقتصاد المختلط *société d`economie mixte* بدلاً من أسلوب الالتزام. حيث تلجأ الإدارة إلى إسناد المرفق العام إلى مؤسسة عامة محلية بدون قصد الربح – ومن الأسباب التي تبرر أيضاً الاسترداد تغير المركز الاقتصادي وعدم الكفاءة الفنية للملتزم وضعف إيراداته المالية المترتبة على استغلال الالتزام. ويراجع مؤلف الفقيه *Colson* المرجع السابق ص ٤٢٠ و الفقيه جيز، المرجع السابق ص ١٢٠٨ "هذا ولا يعد سبباً مشروعاً يبرر قرار الاسترداد استناد السلطة مانحة الالتزام في قرارها على مشروع قانون لم يصدر بعد. فإذا كانت السلطة مانحة الالتزام تستطيع طبقاً للقواعد العامة أن تنهي عقد الالتزام من جانب واحد من اجل المصلحة العامة، فإن هذه الأسباب يجب أن توجد بصفة مؤكدة في تاريخ صدور قرار إنهاء العقد. يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢ فبراير ١٩٨٧ في قضية الشركة صاحبة امتياز القناة السادسة بالتلفزيون الفرنسي، المجموعة ص ٢٩ حيث قضي المجلس في هذا الحكم بإلغاء المرسوم الصادر من الحكومة الفرنسية بالإنهاء المنفرد لعقد الامتياز المبرم مع الشركة وذلك لاستناد هذا المرسوم على مشروع قانون لم يتم إقراره و التصديق عليه في تاريخ صدور هذا المرسوم. "انظر مطول الفقيه "دى لوبادير" في العقود، المرجع السابق الجزء الثالث، ص١٩٢، وأيضا مطول "جيز" في العقود المرجع السابق الجزء الثالث ص ١٢٠٧، ويثور التساؤل حول مدى رقابة القاضي على أسباب المصلحة العامة التي تبرر إنهاء عقد الامتياز عن طريق الاسترداد. فهل تقتصر رقابة القاضي على التحقق من وجود الأسباب بمعنى أن تقتصر الرقابة على المشروعية أم أنها تصل إلى تقدير ملاءمة تلك الأسباب بمعنى تقدير ما إذا كان عقد الامتياز يعتبر بالفعل غير مفيد للمرفق العام أو يجب إدارته عن طريق آخر—ويقرر الفقه بحق في مقام الإجابة على هذا التساؤل أن رقابة القاضي تقتصر على عنصر المشروعية فقط دون الملاءمة حيث يستطيع القاضي التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي تدعيه الإدارة لتبرير الاسترداد. دون أن يحق له أن يبحث عن مدى ملاءمة هذا السبب لإنهاء العقد عن طريق الاسترداد أي مدى كفاية هذا السبب. ويرجع ذلك إلى أن الإدارة وحدها هي التي تستقل بتقدير مدى فائدة إنهاء العقد عن طريق الاسترداد للصالح العام ولصالح المرفق العام. فالقاضي يمارس في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الامتياز رقابة ضيقة ومقيدة لأنه من ناحية لا يحق له أن يحل محل الإدارة في تحديد ماهية التنظيم الجديد للمرفق العام محل الالتزام الذي تم استرداده، ومن ناحية أخرى فإنه ليس من المستحب أن يفرض على الإدارة لمدة طويلة (مدة عقد الامتياز) شريكاً لم تعد ترغب فيه لأسباب موضوعية. تراجع في هذا الصدد تعليقات الأساتذة « *Boisdeffre* » « *Azibert* » على حكمي مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢فبراير ١٩٨٧ في قضيتي « *St e France 5* » « *Ste T.v 6* » *et* « *Autres* » والمنشور بمجلة *A.J.D.A* لعام ١٩٨٧ ص٣٢١ كما تراجع رسالة الدكتور صلاح عبد البديع المرجع السابق ص٦٤٠. ومطول دى لوبادير في العقود، الجزء الثالث، المرجع السابق ص١٩٣، ١٩٤، ويراجع مؤلف أستاذنا الدكتور الطماوى في العقود، المرجع السابق ص٧٢٧. وأنظر مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء ص٥٢.

نتائج الاسترداد التعاقدي :

يترتب على قيام الإدارة باسترداد الامتياز التزام المتعاقد برد الأرباح التي يحققها بعد تاريخ الاسترداد، والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأجمعه، لكن الإدارة تستطيع قصر الاسترداد على جانب منه إذا ما تضمن العقد نصاً صريحاً يقضي بذلك .

واستخلاصاً من أحكام القضاء الفرنسي يجب على الإدارة التقيد بالنص الوارد في العقد ، ولكنها تستطيع التحلل من التزامات المتعاقد في مواجهة الغير إذا ثبت أنها لا تتفق مع التفسير المعقول لنصوص العقد وعند خلو العقد من تنظيم هذا الأمر فإن الإدارة تتحمل الالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق شريطة أن تكون الإدارة قد علمت بهذه الالتزامات ولم تعترض عليها خاصة وأن لها عين رقيب على أعمال المرفق وحساباته ولها حق المراجعة والاعتراض .[٥١٧]

أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري في هذا الصدد فقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بأنه لا يترتب على استرداد المرفق العام اعتبار الإدارة خلفاً للملتزم ، ومن ثم فلا تسري عليها العقود التي سبق أن أبرمت بين الملتزم وعماله – بل ينشأ بينها و بين العمال و غيرهم علاقات جديدة .

كما قضت محكمة النقض بذات المبدأ: بأن مؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة لا تعتبر خلفاً للملتزمين السابقين ، ومن ثم فهي لا تكون مسئولة عن أداء المبالغ المستحقة على هؤلاء الملتزمين بسبب عقود الالتزام .[٥١٨]

وتقول الدكتورة سعاد الشرقاوي أن تطبيق ذلك المبدأ على عمال المرفق محل الاسترداد، سوف يلحق بهم الأضرار خاصة إذا كان الملتزم أجنبياً ،وكانت أمواله موجودة في الخارج، ويصعب على هؤلاء العمال أن ينالوا حقوقهم بالتنفيذ عليها في

---

(٥١٩) قارن الدكتور الطماوى – مبادئ القانون الإداري – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة ١٩٧٩– دار الفكر العربي ص ١٠٨ حيث يقول :"فإذا ما استردت الإدارة الالتزام فإنها تحل محل الملتزم في كل ما يتعلق بالمرفق كديونه والتزاماته قبل عماله ".

(٥١٨) جلستها المنعقدة في ٣ مايو ١٩٥٧ الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٢٣ قضائية "(نقض ١٢٥ لسنة ٢٧ ق ، ٢١٢ لسنة ٢٩ ق).وانظر فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في ١٩٥٩/١٢/١ مجموعة المستشار احمد سمير أبو شادي في عشر سنوات من يناير ١٩٦٠ إلى يناير ١٩٧٠ الجزء الثالث ص٢٥٥٨،٢٥٥٩.

الخارج ، ومن المستحسن أن تقوم الدولة بأداء حقوق عمال المرفق محل الاسترداد، على أن تقوم هي بالرجوع على الملتزم في الخارج.

وهذا الوفاء يرتكز من جانب الدولة على أساسين : *أولهما:* أن العمال المذكورين حين يقاضون الملتزم فإنهم يختصمون جهة الإدارة التي قامت باسترداد المرفق ليصدر الحكم في مواجهتها ، ومن هنا تستطيع الإدارة أن تقوم بالوفاء للعمال على أن ترجع على الملتزم فيما بعد وثانيهما : أن نص المادة السابعة من دستور ١٩٧١ يقرر قيام المجتمع المصري على التضامن الاجتماعي .

وفي مقام التعليق على الفتاوى والأحكام " يؤيد أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين موقف الفقه المصري الرافض للاتجاه بأن تظل حقوق العاملين تجاه الملتزم عالقة بذمته ويسأل عنها وحده، وبالتالي تبرأ ذمة السلطة مانحة الالتزام من حقوق هؤلاء العاملين" .

ورجوعاً إلى الحق فقد عدل مجلس الدولة على رأيه المشار إليه بالقول : "لا يتفق مع مبدأ التضامن الاجتماعي المقرر بالمادة "٧ "من الدستور أن تضيع حقوق العاملين بسبب تعذر رجوعهم على الشركة للتنفيذ على أموالها بالخارج، وهو أمر تقصر عنه طاقة هؤلاء جميعاً وهذا المبدأ يقتضي استصدار قانون تتولى الدولة بموجبه أداء هذه المبالغ على أن ترجع بها على الشركة " .

ونري سداد حقوق العاملين بالمرفق خصماً من حساب التعويض المستحق للملتزم ، خاصة وأن الأحكام متواترة على أحقية الملتزم في الحصول على تعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب- نتيجة لإنهاء عقده نهاية مبتسرة ـ هذا مع ضرورة معالجة هذا الأمر في نصوص عقود الامتياز مستقبلاً عن طريق إجراء مخصصات في موازنة المرفق تكفل سداد مستحقات العاملين في نهاية مدة عقد الامتياز ، عند انقضائه قبل الأوان ، *وهذا الإجراء يتفق ومقتضيات العدالة وما توجبه اعتبارات حسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية بوجه عام وامتياز المرفق العام بوجه خاص نظراً لطول مدته .*

طرق سداد التعويض للملتزم في حالة الاسترداد التعاقدي: [٥١٩]

تتضمن عقود الامتياز أو كراسات الشروط أسلوبين لسداد التعويض للمتعاقد في حالة الاسترداد إما بدفع إجمالي التعويض *Indemnité en capital* أو سداده على أقساط سنوية لمدة محددة *Indemnisation par annuités* *وكثيرا ما تجمع عقود الامتياز بين الأسلوبين.*

الأسلوب الأول وهو التعويض الإجمالي:

ويشتمل على عنصرين : *أولهما*: عبارة عن النفقات الرأسمالية والمصروفات التي أنفقها الملتزم من أجل تجهيز المرفق وإعداده وفقا للأسس المتفق عليها في عقد الامتياز، والوفاء بقيمة الأسهم والسندات و الالتزامات المستحقة للغير ، ويطلق عليها بالفرنسية اصطلاح تعويض الاستهلاك بالإضافة إلى كافة النفقات التي قام بها الملتزم لتوفير المعدات والأدوات والمنشآت والمواد الخام ، وما أنفقه لتأمين وضمان تنفيذ المرفق لنشاطه في أفضل الأوضاع الممكنة خلال فترة الاستغلال ، وعلى هذا يتم تقدير التعويض لهذا العنصر، وبمراعاة ما يتم إستهلاكه

---

(٥١٩) انظر أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص٦٢ وما بعدها،ويراجع رسالة الدكتور صلاح عبد البديع المرجع السابق ص٦٦٦ كما يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٣٩ في قضية *Cie enerale declirage de Bordeaux « IL convient de rechercher pour chaque catégorie de dépenses si elles ont été faites dans l`intérêt de la concession et si elles ont pour but d'assurer du service concédé »* مطول دى لوبادير . المرجع السابق ١٩٦. وأيضا الدكتور /صلاح عبد البديع . المرجع السابق ص٦٧١ _تراجع في هذا الصدد رسالة *Coudevylle* بعنوان مساهمة في النظرية العامة للمرفق المحلي *« Contribution à la théorie générale du service public communal these` Bordeaux 1976 »* مطول دى لوبادير . المرجع السابق ص١٩٨ . ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد يراجع حكمة بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٥٢ في قضية *G e l i e z* المجموعة ص ٢٦٨. وحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩ مايو ١٩٢٦ في قضية *Départ de la Vendée* المجموعة ص٥٠٠ وحكمه في ١١ يوليو ١٩١٣ في قضية *« Cie des chemin de fer du sud »* المجموعة ص٨٣٦ . كما يراجع مطول الفقيه جيز ، المرجع السابق ،ص١٢٣٢ .ومطول دى لوبادير المرجع السابق ص١٩٩ .وأيضا رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع المرجع السابق ص٦٧٣.يراجع في هذا الشان حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣١ أكتوبر ١٩٨٠ في قضية *« Ministre de l`équipement »* المجموعة ص٣٩٩ .يراجع في هذا الصدد الفقيه ديلفولفيه مقاله عن المسئولية التعاقدية *« Responsabilité contractuelle »* و المنشور في: *« Répertoire de la responsabilité de puissance publique Dalloz 1987 NO 396-398 »* و تراجع رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع ص٦٧٤.

عادة عند انتهاء مدة العقد وانتقال ملكية المرفق إلى مانح الالتزام ، ***وثانيهما*** ما فقده الملتزم من أرباح نتيجة لاسترداد مرفق الامتياز قبل ميعاده الطبيعي ***l'indemnité Industrielle*** - بمعنى تعويض الملتزم عن الكسب المفقود ***Le Bénéfice Manque*** و يتم تقدير هذا العنصر وفقاً لمتوسط الأرباح الصافية ***La Moyenne des Bénéfices Nets*** المتحققة خلال عدد معين من السنوات السابقة على الاسترداد، ويدخل في هذا العنصر الأعباء غير التعاقدية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة« ***Des Charges Extra Contractuelles*** »

<u>الأسلوب الثاني وهو التعويض في صورة أقساط سنوية :</u>

عندما ينص العقد على سداد التعويض عن طريق أقساط سنوية ، يتم دفع الأقساط حتى التاريخ المنصوص عليه في العقد أو في كراسة الشروط ، ويشتمل هذا الأسلوب على عنصرين *أولهما*: التعويض عن أموال الملتزم المنقولة التي يجب أن تشتريها الجهة مانحة الامتياز والتي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتصل باستغلال المرفق « ***Les Beins de Reprises*** » ، *وثانيهما*: التعويض عما فات الملتزم من كسب نتيجة استرداد الالتزام قبل موعده الطبيعي بما يسمح له بعد الاسترداد الاستمرار في التمتع بما يقابل الأرباح السنوية ،و كذلك الأرباح المحتملة التي كان يمكن أن يجنيها الملتزم أو يحققها النمو العادي لاستغلال الالتزام لو لم يتم استرداد المرفق قبل نهاية مدته.

وغني عن البيان أن تحديد التعويض لمختلف هذه العناصر هو من شئون الخبرات الفنية والمحاسبية وقد أقر القضاء في فرنسا ومصر إمكانية اللجوء إلى نظام الخبرة في هذا المجال.

الفرع الثاني
" الاسترداد غير التعاقدي "

<u>الاسترداد غير التعاقدي</u>[٥٢٠] : وهو الاسترداد الذي تقرره الجهة المانحة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الالتزام دون وجود تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الامتياز ، وكذلك عندما يتم الاسترداد خلال المدة المحظور فيها مباشرته طبقا لنصوص العقد ، ويعد الاسترداد على هذا النحو تطبيقا لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة "و في هذا النطاق نواجه فرضين : <u>الأول</u> : حالة سكوت العقد عن تنظيمه ، و<u>الثاني</u> : أن يتم الاسترداد خلال الفترة المحظور فيها ممارسته طبقا للعقد.

وينقسم رأي الفقه الفرنسي حول حق الاسترداد غير التعاقدي إلى فريقين :

<u>الفريق الأول</u> : [٥٢١] ويمثل رأي الأقلية - ينكر حق الإدارة في إجراء الاسترداد غير التعاقدي، فالملتزم له حق مكتسب قانونا في استغلال المرفق حتى انتهاء مدة

---

[٥٢٠] يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها ورسالة الدكتور/صلاح عبد البديع المرجع السابق ص٦٧٧ وما بعدها وأستاذنا الدكتور/الطماوى في العقود المرجع السابق ص٧٢٥ وما بعدها. *أطلق الفقيه الفرنسي مسميات مختلفة على الاسترداد غير التعاقدى ، حيث وصفه البعض بالاسترداد الجبرى ***Le rachat forcé*** (يراجع مؤلف الفقيهين فيدل وديلفولفيه في القانون الإداري الطبعة العاشرة ١٩٨٨ ص١٥٥) ،في حين وصفة البعض بالاسترداد التنظيمي ***Le rachat réglementaire*** يراجع مؤلف الفقيه بونار في القانون الإداري ، المرجع السابق ص٧٦٤ .وبغض النظر عن المسميات المختلفة لحق الإدارة في هذه الصورة من صور استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام ، فهي تعبر عن الاسترداد الذي يتم خارج التنظيم التعاقدى.

[٥٢١] من أنصار هذا الإتجاه يراجع على سبيل المثال الفقيه ***Monsarrat*** مؤلفه بعنوان ***Concessions de communes*** المرجع السابق ص٣٩،١٣١ وما بعدها و الفقيه ***Hervouet*** في رسالته بعنوان : ***« La détermination de l`indmnité de rachat des concessions de service public Rennes 1945 ».*** ص١١،١٨ و في الفقه الفرنسي الحديث تراجع رسالة الفقيه ***«Bettinger»*** بعنوان : ***L'évolution de la concession ,Paris II1975.*** وأيضا مؤلف الفقيه ***Madiot*** بعنوان : ***« Aux frontières du contrat et de lacté administratif unilatéral recherches sur la d`exploitation nation d`act mixte en droit public français Paris 1971 P. 167 » parc de stationnement de la gare routière,J.C.P. 1986 .20551 ».*** حيث ذهب إذا كان إسقاط الالتزام لا يمكن أن يصدر من جانب واحد من السلطة مانحة الالتزام ويصدر من القاضي بناء على طلبها فإن استرداد الالتزام لا يمكن أن يتم من جانب مانح الامتياز إلا إذا كان منصوصا علية وطبقا للأوضاع المحددة في العقد

الالتزام نظرا للاستثمارات المالية الكبيرة التي أنفقها مما يقتضي والحال كذلك أن يحظى بضمان الاستقرار والثبات ،ويتخذ هذا الفريق من موقف مجلس الدولة الفرنسي سندا يؤيد رأيه ذلك أن المجلس لم يصدر أحكاما في هذا الصدد ،ويعترض الفقيه "دي لوبادير على ذلك بالقول" أن عدم صدور أحكام بهذا الخصوص ، ليس لأن المجلس ينكر هذا الحق ، وإنما يرجع إلى احتواء جميع عقود الامتياز على نصوص تنظم كيفية استرداد الإدارة للالتزام .

الفريق الثاني : يمثل رأي الأغلبية ويرى أن الإدارة مانحة الامتياز لها الحق في استرداد المرفق قبل نهاية مدته العادية في جميع الأحوال وهذا الحق من النظام العام تتمتع به الإدارة بقوة القانون سواء في حالة سكوت العقد أو في خلال مدة الحظر المنصوص عليها فيه ويؤيد هذا الاتجاه الفقيه "دي لو بادير" ويقول :

" أنه لا ينازع أحد في أن الإدارة، ودائما تملك سلطة إلغاء أو إعادة تنظيم المرافق العامة، وأن ممارستها لهذا الاختصاص غير قابل للتنازل عنه ، فالشرط التعاقدي الذي تتعهد فيه الإدارة بعدم إلغاء المرفق العام ، أو بعدم تعديل تنظيمه قبل تاريخ معين يكون لاغيا وعديم الأثر – وعلى ذلك لا ينازع أحد في أن المرفق العام محل الالتزام يظل مرفقا عاما ، وتملك الإدارة الحق في إلغائه أو إعادة تنظيمه بإحلال الإدارة المباشرة على سبيل المثال – بدلا من أسلوب الإدارة بطريق الالتزام".

وترتيبا على ما تقدم فإن ممارسة الإدارة لحق إلغاء المرفق أو إعادة تنظيمه بأسلوب إداري آخر هو حق لا يجوز التصرف فيه أو التنازل ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيه بيكينو[٥٢٢] حيث يقول : " يحدث غالبا أنه بسبب الوقت اللازم لاستهلاك

---

(٥٢٢) *«l'arrivé fréquemment que à raison du temps nécessaire à l'amortissement des dépensé faites pour les travaux de création du service, une clause est insérée dans le contrat qui décide que le rachat ne sera pas possible pendant un certain nombre d'années. on estime gendarment qu'une telle clause signifie que les règles contractuelles du rachat ne sauraient s'appliquer qu'après l'expiration de ces délais ,mais quelles n'auraient pu porter atteinte au droit de rachat non contractuel de telle sorte que ,malgré la clause, l'administration pourra résilier la concession antérieurement. Théorie générale du contrat administratif, Paris 1945 P.392».* ومن مؤيدى الإتجاه الفقهي الغالب لحق الإدارة في الاسترداد غير التعاقدى يراجع أيضا الفقيه بونار المرجع السابق ص٧٦٤ ،وكذا الفقيه جيز المرجع السابق ص١٢٢٥ ، و الفقيه *Lecomte* رسالته السابق الإشارة إليها ص٨٧.

الأموال يرد بالعقد نص يقضي بعدم إمكان الاسترداد خلال عدد معين من السنوات ، مما يعني أن الأحكام التعاقدية للاسترداد تكون قابلة للتطبيق ، ورغم وجود هذا الشرط فإن ذلك لا يمس حق الإدارة في إجراء الاسترداد "

وإزاء انقسام الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض تحفظ البعض[٥٢٣] على مصطلح الاسترداد بأنه فقط الاسترداد الذي تنظمه كراسات الشروط الملحقة بعقود الامتياز بهدف إحلال طريقة الإدارة المباشرة محل أسلوب الالتزام.

هذا وينبغي التمييز بين استرداد الالتزام الذي نظمت أوضاعه في وثيقة الالتزام.وبين إلغاء المرفق - إذ عندما يتصل الأمر بإلغاء المرفق فإن الاصطلاح المستخدم في هذا الصدد هو" فسخ العقد" *« Résiliation du contrat »*

والخلاصة وفقا للرأي الراجح أن الإدارة مانحة الامتياز تملك في أي وقت استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام في جميع الأحوال سواء تضمنت وثيقة الامتياز أحكام وأوضاع هذا الاسترداد أو أن الإدارة لجأت إليه في ظل سكوت العقد، أو في المدة المحظور عليها اللجوء إليه خلالها بنص العقد - ذلك انطلاقا من حق الإدارة الأصيل في تنظيم وتعديل وإنهاء مرفق الامتياز في أي وقت.

وبناء عليه يستحق الملتزم في حالة الاسترداد غير التعاقدي للمرفق المدار بطريق الالتزام تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، دون الرجوع إلى قواعد التعويض المنصوص عليها في عقد الامتياز للاسترداد التعاقدي فالقاضي هنا يكون أكثر حرية في تحديد مقدار التعويض خاصة في المدة التي يحظر علي الإدارة ممارسة الاسترداد التعاقدي خلالها ويأخذ القاضي في حسبانه مدى

---

[٥٢٣] أستاذنا الدكتور /ثروت بدوي في رسالته عن فعل الأمير . المرجع السابق الإشارة ص١٢٣ حيث يقول :

«Nous réservons l'expression de rachat pour l`opération spéciale à la matière de la concession et organisée par les cahiers des charges, don le but est la substitution de la régie à la concession et non la suppression du service. Lorsqu`il s'agit de la suppression du service, nous employons le terme résiliation (c'est l`hypothèse de l'affaire des Tramways de Cherbourg). If faut en conclure que le rachat de le concession est une opération spéciale à la matière de la concession de service public il ne faut pas le confondre avec le droit de l'administration de mettre fin à ses contrats. Ce droit existe pour tous les contrats administratifs. Il n'est pas nécessaire qu'il soit prévu par le contrat. Au contraire, Ia rachat n`existe que Lorsqu`il est formellement prévu par les cahiers des charges» .

النفقات الضخمة التي تكبدها الملتزم في إنشاء المرفق وتشغيله دون أن يتاح له وفقا للمعدلات الاقتصادية استهلاك هذه النفقات بصورة كاملة خلال المدة الزمنية المتفق عليها في عقد الامتياز ، ***ولهذا تتردد الإدارة المانحة في الأخذ بهذا الأسلوب دون اتفاق، نظرا للتعويض الباهظ الذي يستحقه الملتزم - حيث يملك قاضي العقد سلطة واسعة عند الحكم بالتعويض في مجال الاسترداد غير التعاقدي .***

الفرع الثالث
" الاسترداد التشريعي "
« Le rachat l'égal »

قد يتدخل المشرع في مجال عقود امتياز المرافق العامة بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق ، وهذا الأمر ليس بمستغرب طالما كان امتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون فمن الطبيعي أن يقرر المشرع لاعتبارات يقدرها استرداد أحد المرافق العامة، أو إلغاء الامتياز الممنوح لها. [٥٢٤]

الاسترداد التشريعي في فرنسا: تدخل المشرع الفرنسي فأصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض مرافق هامة تدار بطريق الامتياز وأهم هذه القوانين[٥٢٥]

١)قانون ٢٩ مايو ١٨٤٥ باسترداد الامتيازات المتصلة بقنوات الملاحة في فرنسا.

٢)قانون ٣٠ يوليو ١٨٨٠ باسترداد الكباري التي يتعين دفع رسوم المرور عليها .

٣)قانون ١١ يونيو ١٨٨٠ ، ١٣ يوليو ١٩١٣ بإنهاء عقود امتياز السكك الحديدية المحلية والنقل بالترام.

٤)قانون ١٣ يوليو ١٩٠٨ بإنهاء عقد امتياز شركة سكة حديد الغرب.

٥)قانون ١٧ أبريل ١٩١٩ الخاص بالتعويض عن أضرار الحرب العالمية الأولى الصادر باسترداد بعض المرافق التي تدار بطريق الامتياز.

٦)قانون ٣١ يوليو ١٩٤٧ بتخويل الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من صدوره ، بقصد تمكين تلك الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة أو الاقتصاد المختلط.

الاسترداد التشريعي في مصر:لجأ المشرع إلى هذا الأسلوب بإنهاء عقد امتياز شركة قناة السويس بموجب القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٥٦:

---

(٥٢٦) يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق صـ٨٢ وما بعدها ومؤلف أستاذنا العميد الدكتور /الطماوي في العقود ص(٧٣٤)-و الدكتور /صلاح عبد البديع المرجع السابق صـ٧٠٦.

[٥٢٥]يراجع في هذا الصدد مطول الفقيه "دى لوبادير "في العقود -المرجع السابق الجزء الثالث ص٢٠٧ وما بعدها.

١)فنصت المادة الأولى منه على أن " تؤمم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية ش.م.م. وتنتقل إلى الدولة جميع ما لها من أموال وحقوق وما عليها من التزامات، وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حاليا على إدارتها ويعوض المساهمون ، وحملة حصص التأسيس بما يملكونه من أسهم وحصص بقيمتها مقدرة بحسب سعر الإقفال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون في بورصة الأوراق المالية بباريس، ويتم دفع هذا التعويض بعد إتمام استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركة " .

٢) ونصت المادة الثانية منه على أن " يتولى إدارة مرفق المرور بقناة السويس "هيئة مستقلة تكون لها الشخصية الاعتبارية" تلحق بوزارة التجارة ،ويكون لها في سبيل إدارة المرفق جميع السلطات اللازمة لهذا الغرض ، دون التقيد بالنظم والأوضاع الحكومية.ومع عدم الإخلال برقابة ديوان المحاسبة على الحساب الختامي ، يكون للهيئة ميزانية مستقلة ويتبع في وضعها القواعد المعمول بها في المشروعات التجارية ".

٣) ونصت المادة الثالثة بأن " تجمد أموال الشركة المؤممة وحقوقها في جمهورية مصر العربية وفي الخارج ويحظر على البنوك والهيئات والأفراد التصرف في تلك الأموال بأي وجه من الوجوه أو صرف أي مبالغ أو أداء أية مطالبات أو مستحقات عليها إلا بقرار من الهيئات المنصوص عليها في المادة الثانية".

٤)ونصت المادة الرابعة على أن " تحتفظ الهيئة بجميع موظفي الشركة المؤممة،ومستخدميها ،وعمالها الحاليين وعليهم الاستمرار في أداء أعمالهم، ولا يجوز لأي منهم ترك عمله، أو التخلي عنه بأي وجه من الوجوه، أو لأي سبب من الأسباب إلا بإذن من الهيئة المنصوص عليها في المادة الثانية ".

هذا ويتضح من النصوص السابقة أن القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ بالرغم من تسميته بأنه خاص " بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية" فإنه ليس كذلك ، فالتأميم بمعناه الفني ينصرف إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة من الأفراد أو الأشخاص المعنوية لمصلحة الجماعة أما شركة قناة السويس البحرية فهي لم تكن تملك قناة السويس وإنما كانت تتولى "إدارة" هذا المرفق نيابة عن الدولة **وبهذه المثابة يكون القانون الصادر بالاسترداد هو مجرد إجراء تشريعي لازم لأن أداة منح امتياز قناة السويس قد صدرت بفرمان من الحاكم (أو السلطان).**

ولقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون بهذا المعنى حيث تقول:" وأن هذه الشركة إنما تقوم على استغلال مرفق المرور بقناة السويس ، وذلك العمل يعتبر مرفقا عاما وثيق الصلة بالكيان الاقتصادي والسياسي بمصر ، وهي إنما تقوم بهذا العمل نيابة عن الحكومة بمقتضى الامتياز الموضح بالفرمانتين الصادرين في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ ، ٥ يناير ١٨٥٦ وما تلاهما من فرمانات أخرى ، فالشركة في قيامها بهذا العمل ليست صاحبة الحق الأصيل المسلم دائما بأنه للحكومة المصرية . إذ من المعترف به أن المرافق العامة إنما تدار مباشرة من الدولة أو بالوساطة بطريق الامتياز ، *وأن من حق الدولة دائما أن تسترد هذا الامتياز باعتباره منحة منها سواء ورد في هذا الشأن نص صريح في عقد الامتياز أو لم يرد وأن المصلحة العامة وحدها هي التي تجعل الدولة تختار الوسيلة التي تحقق أكبر قسط من المصلحة العامة ، إذ أن العلاقة بين مانح الالتزام ومستغله ، إنما تبنى على قواعد القانون الإداري وهي فرع من فروع القانون العام".*

وقد تبنى المشرع المصري فكرة الاسترداد القانوني (أو التشريعي) للمرفق المدار بطريق الالتزام قبل نهاية مدته فأصدر المشرع القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٥٧ بإنهاء مدة الامتياز المرخص به للشركة ماركوني راديو التلغرافية ، وكانت مدته تنتهي في ١٥ يناير ١٩٥٨ ، فيتم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحارس العام على أموال الرعايا البريطانيين والفرنسيين - على أن تؤول جميع موجودات الشركة إلى الحكومة ،وعلى أن تلتزم الحكومة بالوفاء بالتزامات شركة ماركوني في حدود قيمة موجودات هذه الشركة.[٥٢٦]

ثم أصدر المشرع القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٥٧بأيلولة مرفق المياه التي تتولى إدارته شركة مياه القاهرة إلى البلدية وتصفية الشركة المذكورة بحكم القانون على أن تئول إلى البلدية جميع موجوداتها وذلك مقابل تعويض حملة أسهم الشركة تعويضا عادلا وفقا للقانون.

ويرجع صدور هذا القانون إلى أن حالة مرفق مياه القاهرة الذي كانت تديره شركة مياه القاهرة بطريق الالتزام كان يستدعي كثيرا من التجديدات والمنشآت

---

[٥٢٦]يراجع في هذا الشأن مؤلف الدكتور فتحي عبد الصبور في الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال- الطبعة الثانية عالم الكتب ١٩٦٧ ص١٧١ كما يراجع الدكتور صلاح عبد البديع ،المرجع السابق ص٧٠٦

الحديثة التي تصل تكاليــفها إلى عدة ملايين من الجنيهات ، ونظرا للعبء الأكبر مـن تكاليف ما يتم تنفيــذه من هذه الأعمال حتى نهاية مدة الالتزام سيقع علــى البلديــة ولن يبدأ انتفاعها بالمنشآت إلا بعد نهاية مدة الامتياز فإن الصالح العــام يقتضــي أن تتولى فورا البلدية " بلدية القاهرة" إدارة المرفق .

وقد نظم المشرع في المادة الخامسة من القانون آثار استرداد مرفــق الميـاه بالنص على حلول مجلس بلدي القاهرة محل الشركة صاحبة الامتياز فيما لـــها مـن حقوق قبل الغير وفيما عليها من التزامات.

كما أصدر المشــرع القانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٦٠ لاسترداد شركات النقل العام والقانون ١١٢ لسنة ١٩٦١ لاسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدينة الإسـكندرية ، والقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ لاسترداد مرفق ترام القاهرة.

وفي بعض الدول يتدخل المشرع أحيانا بإصدار قوانين ينظــم بــها اســترداد بعض المرافق التي تدار بطريق الامتياز. وفي هذه الحالة يتم إعمال القانون وتسترد الإدارة المرفق لأن منح الامتياز أحيانا يكون بقانون، ومن الطبيعي أن يتم الاســترداد بقانون أيضا–وحتى مع افتراض أن الامتياز ليس بقانون .فإن المشــرع لــه ســلطة إصدار هذه النصوص[٥٢٧].

<u>وفي ضوء ما تقدم فإن القوانين السابقة هي تطبيق لحالة من حالات الاسترداد التشريعي في مصر– ولا شك أن المبادئ والأحكام العامة التي يتضمنها هذا المطلــب تنطبق على عقود الالتزام بنظام الـ*B.O.T.* انطلاقا من حق الإدارة الأصيل في تنظيم وتعديل وإنهاء مرفق الامتياز في أي وقت سواء تضمنــت وثيقــة الامتيــاز أحكـام وأوضاع الاسترداد أو أن الإدارة لجأت إليه في حالة سكوت العقد –شريطة أن تتوافـر المشروعية في القرار الصادر بالاسترداد.</u>

---

[٥٢٧] استاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية –المرجع السابق ص٣٠٨ وما بعدها.

المطلب الثالث

"فسخ عقد الامتياز و امتياز الـ *B.O.T.*"

« Résiliation du contrat »

يحدث أن ينفسخ عقد الامتياز قبل نهاية مدته، إما باتفاق طرفي الرابطة العقدية ، أو بحكم قضائي أو بقوة القانون ، ونشير إلى هذه الصور فيما يلي:.

أولا: الفسخ الاتفاقي : « La résiliation conventionnelle»[٥٢٨]

يتم الفسخ باتفاق بين الإدارة و الملتزم قبل نهاية مدة العقد ، ولهذا يختلط الفسخ مع طريقة الاسترداد الاتفاق *le rachat contractuel* ، ويختلفان من حيث الأساس القانوني ، فحق الإدارة في الاسترداد حق أصيل سواء نص عليه في العقد أم لم ينص ، أما الفسخ فيتم عن تراض كامل بموجب اتفاق يتضمن تقدير التعويض المستحق للملتزم وكيفية سداده ،وعادة ما تلجأ الإدارة إلى الفسخ الاتفاقي لصعوبة الالتجاء إلى الاسترداد.

ثانيا:الفسخ القضائي بناء على طلب الملتزم :

« Résiliation Prononcée Par le Juge sur la demande du concessionnaire »

قد يلجأ الملتزم إلى القضاء طالبا إنهاء عقده قبل الأوان لأسباب منها:

١)خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ التزامات تعديل الإدارة لشروط عقد الامتياز على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلالا جسيما بصورة تفوق إمكانات الملتزم الاقتصادية

---

(٥٢٨)ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الاتفاق الذي تم بين الدولة في فرنسا وبين شركات الامتياز الخاصة بمرافق السكة الحديد في عام ١٩٣٧ حيث قدرت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكلف الدولة مبالغ لا يمكن تدبيرها وبالتالي فضلت الالتجاء الى طريقة الاتفاق الودى ،يراجع في هذا الصدد مطول الفقيه "دى لوبادير"في العقود ،المرجع السابق ،الجزء الثالث ص١٨٣ كما يراجع أيضا مقال الفقيه "جيز"المنشور بمجلة القانون العام لسنة ١٩٣٢ بعنوان *La reorganistion des chemins de fer dinteret general* ص٥٣٦.وفي الفقه المصرى يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور /الطماوى في العقود المرجع السابق ص٧٩٤.

أو الفنية أو بتغيير جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد، ما كان الملتزم ليقبلـه لـو عرض عليه لدى إبرام العقد.

٢)إذا اختل التوازن المالي نتيجة ظرف طارئ وثبت للملـتزم أن اختـلال التـوازن المالي للعقد لن يعيده إلى نصابه.

ثالثا: الفسخ بقوة القانون : « La Résiliation de Pleine Droit »

ومن أوضح الأمثلة لهذه الطريقة حالة القوة القـاهرة *la force majeure* أو الحرب إذا أدت إلى تدمير المرفق المدار بطريق الامتياز ، ومن ذلك أيضا حالة وفـاة الملتزم إذا تضمن العقد نصا ينقضي العقد بمقتضاه[٥٢٩].

رابعا : الفسخ بمعرفة الإدارة : «Droit de résiliation sans faute »

ويتجلى حق الإدارة الأصـيل في إنهاء عقد الامتياز دون أن يرتكب المتعـاقد أي خطأ ، حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في حكمه الصـادر فـي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢في قضية .« *Consorts Simongiovanni* » ويطلق الفقه والقضاء الإداري في فرنسا اصطلاح "القوة القـاهرة الإداريـة" : *La Force Majeure* « *Administrative*» على اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز نتيجـة ظـرف طـارئ وهي حالة لا يطلب القضاء فيها استحالة التنفيذ بل مجرد قلب توازن العقد نهائيا.

وبهذا الشكل تقع هذه الحالة في مرحلة متوسطة بين القوه القاهرة بمفهومـها التقليدي وبين نظرية الظروف الطارئة *L' imprévision* وتعد فكرة القـوة القـاهرة الإدارية من نتاج مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكمة الصـادر بتـاريخ ٩ديسـمبر ١٩٣٢في قضية شركة ترام شربورج" (٥٣٠)

هذا وتسري الأحكام والقواعد العامة الواردة بهذا المطلب على حالات الفسخ في عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T.

---

[٥٢٩] يراجع مؤلف أستاذنا العميد الدكتور/الطماوى في العقود المرجع السابق صـــ٦٩٨ وما بعدها.

[٥٣٠] انظر مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسن أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق صـــ١٢٤ وما بعدها

المبحث الثاني
" إسقاط الامتياز و امتياز الـ *B.O.T.* "
« La déchéance du concessionnaire »

الإسقاط يعني إنهاء عقد الامتياز على حساب الملتزم نتيجة لخطئه الجسيم ،وتقتضي دراسة هذا النوع من الإنهاء المبتسر لعقد الامتياز معالجة عدة نقاط أساسية تتمثل في : التعريف بجزاء الإسقاط وبيان طبيعته القانونية وتمييزه عن النظم التي قد تتشابه معه، وبيان الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط ، وعليه تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

" جزاء الإسقاط وطبيعته القانونية "

المطلب الثاني

" الشروط المقررة لممارسة الإسقاط "

المطلب الثالث

" الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط "

المطلب الأول

" جزاء الإسقاط و طبيعته القانونية "

أولا: التعريف بجزاء الإسقاط وطبيعته القانونية : (٥٣١)

(٥٣١

« La déchéance, souvent aussi qualifiée de résiliation la plus grave de toutes les sanctions qui met fin à la concession , en évinçant le concessionnaire qui ne s'est pas conformé à une des obligations essentielles de son cahier des charges» .

تراجع رسالة *Huguette Polack* بعنوان : *«Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics En cas de manquement à ses obligations »*

وقد نوقشت عام ١٩٤٦ أعيد طبعها عام ١٩٥٨ .باريس ،ص ١٠.

ومن التعريفات المشابهة يراجع في هذا الصدد مؤلف الفقيه "فالين" : *«Traité de droit administratif 9e Ed Paris 1963 p.707 et suiv.».* كما يراجع أيضا في هذا الصدد تعريف الفقيه "دى لوبادير " للإسقاط حيث يقرر بأن هذا النوع من الجزاءات لا يرتب أى تعويض للملتزم بل على العكس ،فإن الإسقاط يمكن أن يرتب تعويضا لصالح الإدارة يتحمله الملتزم .

«Prononcée aux torts de celui ci , elle ne comporte naturellement Jamais d'indemnisation de celui ci mais peut au contraire , on la vu , être assortie à sa charge , de dommages – intérêts au profit de l'administration concédante ».

المرجع السابق . الجزء الثالث ص١٨١.

ومن التعريفات الفقهية الحديثة للإسقاط يراجع تعريف الفقيه *Coudevylle* حيث يقول بأنه يستلزم أخطاء جسيمة جدا من المتعاقد وانه لا يجب توقيعه على الملتزم إلا إذا انضح عدم كفاية الجزاءات الضاغطة ولذلك فإن له صفة الجزاء الاستثنائي . يراجع مؤلفه بعنوان *«Les concessions de service public des collectivités locales. Sirey Paris,1983 p.115».*

كما يراجع أيضا في التعريفات المختلفة للإسقاط الدكتور /صلاح عبد البديع ،رسالته السابق الإشارة إليها ص٥٥.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط لا يوجد لصالح الإدارة إلا إذا كان منصوصا عليه صراحة في العقد ، وأن جزاء الفسخ لأخطاء الملتزم هو الجزاء الذي يحل محل الإسقاط في حالة عدم النص صراحة على جزاء الإسقاط في العقد .(الفقيه *Blondeau* في رسالته بعنوان *«Concession de service public»* جرنوبل ١٩٢٩ ص٢٣٩)فجزاء الإسقاط طبقا لهذا الرأى هو تدبير تعاقدى وليس من النظام العام ، حيث لا تستطيع الإدارة توقيعه على الملتزم طبقا لهذا الرأى في حالة سكوت العقد يراجع دكتور /صلاح عبد البديع ، رسالته السابقة الإشارة إليها ص٦٠.

« Eles sont nature réglementaire et elles sont d'ordre public»

مؤلف "جيز" في العقود ، ص١٧١ .المرجع السابق ص٢٩ .

Une clause du contrat de concession ne pourrait pas inter-dire ladéchéance de manière générale Ce serait contraire à l'ordre public cela équivaudrait à une déclaration de désintéressement de l'administration concédante. En matière de concession de service public , l'administration concédante ne peut pas se désintéresser de l'exploitation , elle doit la surveiller constamment et , en cas de défaillance du concessionnaire, se=

يوضح الفقيه *Huguette Polack* بأن جزاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق تحت الحراسة هما من القواعد الأساسية ذات الطبيعة اللائحية المنظمة للمرفق العام، وبهذه المثابة تستطيع الإدارة المانحة إنزال جزاء الإسقاط على الملتزم المقصر ، وأنه في حالة عدم وجود نص صريح لهذا الجزاء في العقد يتعين على الإدارة الرجوع إلى قاضي العقد للمطالبة بتوقيع جزاء الإسقاط ،،، وهي لا تملك التنازل عن حقها في ذلك ، فالتنازل عنه يعد مخالفا للنظام العام ، ويتساوى مع إيراد شرط في العقد بعدم مسئولية الملتزم ، بما يصف الإدارة بالإهمال وعدم المبالاة ، وهي المخولة قانونا في مجال الامتياز بمراقبة استغلاله وعليها أن تحل محله مؤقتا ريثما يحل شخص آخر محله.

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا في مصر تعريف الإسقاط بقولها " أن سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الامتياز في هذه الحالة بالاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم " .(٥٣٢)

ثانيا : التمييز بين الإسقاط والنظم القانونية المشابهة:

الإسقاط وحالة وضع المرفق تحت الحراسة La mis sous séquestre:

يقصد بكل من جزاء "*الإسقاط*" ، وجزاء "*وضع المرفق تحت الحراسة*" إبعاد الملتزم المقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية أي عن إدارة واستغلال المرفق وتقوم الإدارة بإدارة واستغلال المرفق لتأمين سيره بانتظام واطراد.(٥٣٣).

ويتفق الجزاءان في: "أن الإدارة المانحة للالتزام تستطيع إنزال كل من الجزاءين ولو لم يرد النص عليهما في العقد". *وهما يختلفان من وجهين*:

=substituer provisoirement au concessionnaire , puis le remplacer définitivement

مؤلف "جيز" المرجع السابق ص١٧٠، ١٧١. يراجع مؤلف أ. د./محمد سعيد حسن أمين أحكام انقضاء عقد الالتزام المرجع السابق صـ٩٠ وما بعدها ود./صلاح عبد البديع المرجع السابق صـ٦٠.

(٥٣٢) حكمها بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ سبقت الإشارة إليه.

(٥٣٣) يراجع مؤلف د.فتحي عبد الصبور المرجع السابق ص١٧٥ وما بعدها.

* أن جزاء وضع مرفق الامتياز تحت الحراسة "إجراء مؤقت" لا ينهي الرابطة العقدية أما جزاء الإسقاط فهو "إبعاد الملتزم نهائيا" من إدارة المرفق محل الامتياز، وإنهاء عقده بصفة قطعية.

* أن وضع مرفق الامتياز تحت الحراسة إجراء ضاغط ويقصد به تهديد الملتزم المقصر، وإرغامه على تنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح ، ولذلك تتولى الجهة المانحة خلال مدة الحراسة إدارة المرفق على حساب ومسئولية الملتزم على خلاف الإسقاط- فهو جزاء فاسخ لعقد الامتياز.

وتنتهي الحراسة على مرفق الامتياز بأحد وضعين :

* أن يستعيد الملتزم إدارة المرفق بناء على انتظامه في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

*أن تقوم الجهة المانحة بتوقيع جزاء الإسقاط بقرار منها ، أو بحكم من القاضي.

٢- ***الاسترداد والإسقاط*** :

يؤدي كل من الاسترداد والإسقاط إلى إنهاء الرابطة العقدية ، ***وهما يختلفان في***: "

أن الإسقاط جزاء قاس يصدر عادة من قاضي العقد وفقا لاتجاه الفقه وأحكام القضاء في فرنسا ، ويمكن أن يصدر من الجهة مانحة الامتياز إذا احتفظت لنفسها بحق توقيع جزاء الإسقاط بمقتضى شرط صريح في العقد أو في كراسة الشروط في حين أن الاسترداد يصدر دائما بقرار من الإدارة استنادا إلى سلطتها التقديرية وفق مقتضيات الصالح العام.

* أن الإسقاط يعد عقوبة عند وجود خطأ جسيم من جانب الملتزم ، أما الاسترداد فهو إجراء تمارسه الإدارة دون خطأ من جانب الملتزم تستهدف به النفع العام وصالح المرفق المدار بطريقة الامتياز.

* أن الملتزم لا يستحق أي تعويض في حالة الإسقاط ، وقد يتطلب الأمر الحكم عليه بتعويض الإدارة عن الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة خطئه الجسيم - *في حين أن الاسترداد يرتب حقا كاملا للملتزم في التعويض*، يشمل ما لحقه من خسارة ، وما فاته من كسب ، نتيجة إنهاء عقده قبل موعده الطبيعي دون خطأ من جانبه.

المطلب الثاني

" شروط ممارسة إسقاط الالتزام "

يمثل جزاء الإسقاط خطورة على الحقوق المالية للملتزم لهذا توجد شروط وقيود تقضي بحرمان الإدارة من حق ممارسة جزاء الإسقاط تلقائياً ، إذا لم تحتفظ به صراحة في العقد أو في كراسة الشروط ، وبضرورة إعذار الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه ، وقد التزمت الإدارة أخيراً بتسبيب قرار الجزاء بالتطبيق لأحكام القانون الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩ والذي جرى نفاذه في ١١ يناير ١٩٨٠. (٥٣٤)

ولاشك أن هذه القيود ترجع في الأساس إلى اتجاه مجلس الدولة الفرنسي نحو حماية الملتزم ، لأن الإسقاط يُنهي عقد الامتياز ، فكان من العدل إحاطته بضمانات استثنائية تمثلت في شروط أربعة:

١) اختصاص القاضي كقاعدة بتقرير جزاء الإسقاط .

٢) ارتكاب الملتزم أخطاء جسيمة.

٣) ضرورة إعذار الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه.

٤) إلزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم.

* *الشرط الأول* اختصاص القاضي كقاعدة عامة بتقرير جزاء الإسقاط :استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي خلافا لمجلس الدولة المصري على اختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط إذا لم يوجد نص في العقد أو في كراسة الشروط يخول الإدارة هذا الاختصاص صراحة وفي حالة احتفاظ الإدارة بهذا الحق على هذا النحو فإن قاضي العقد يتجاوز حدود اختصاصه قانونا إذا خرج على هذا المقتضى ، وفي حالة ورود نص يخول القاضي تقرير جزاء الإسقاط فهذا يدخل في عداد "الشروط التعاقدية" بالضمانات الممنوحة للملتزم ضد عسف الإدارة المحتمل.(٥٣٥)

---

(٥٣٤) أ. د.محمد سعيد حسين أمين في أحكام انقضاء عقد الامتياز المرجع السابق ص ٩٨ وما بعدها

(٥٣٥) من أحكام مجلس الدولة حكمه بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٠٥ في قضية *Compagnie departementale Des eaux* وحكمة بتاريخ ١٧/نوفمبر ١٩٤٤ في قضية *Ville davallon* وفي ٢٨ مايو ١٩٨٢ في قضية *Ste d'exploitation du casino municipal de lucsur mer R.D.P 1983 P.1436* ص٩٤٢ مشار = إليها في المرجع السابق ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٢ نوفمبر ١٩٦٧ في قضية *Set generale*

و في مصر قضت المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٧/١٢/٣٠بأنــه : " ليس صحيحاً في القانون أن جزاء سحب الالتزام أو إسقاطه لا يجوز توقيعه إلا بحكم مــن المحكمة المختصة ، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها فــي حالــة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بمقتضى العقد ، فله بقرار منــه توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملــتزم علــى حســابه ، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرفق العام كما يثبت لمــانح الالــتزام بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئيــاً أو كليــاً ، أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة ، غاية الأمر أنه يتعين توافر شرطين :أولــهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسيير المرفق بانتظــام وثانيهما : وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم مــن المحكمة المختصة بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام".

" و سبق لذات المحكمة تقرير هذا المبدأ فــي أحكامــها [٥٣٦] كمــا اســتقرت الفتاوى بأن : "للإدارة الحق في أن توقيع عقوبة الإسقاط بنفســها دون حاجــة إلــى اللجوء إلى القضاء [٥٣٧] .

ويرى أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين وبحق " أنه مع التسليم بحــق جهة الإدارة في توقيع مختلف أنواع الجزاءات بنفسها على المتعاقد دون الرجوع إلى القضاء ، إلا أنه ينبغي التحفظ فيما يتعلق بعقوبة إسقاط الالتزام، فبالنظر إلى جسـامة هذا الجزاء وآثاره يجب في تقديرنا أن يتم توقيعه بمعرفة القضاء وذلك على نحو مــا هو متبع في فرنسا ".

ومع التسليم بأن القضاء هو الجهة صاحبة الاختصاص فــي الحكــم بتوقيــع عقوبة الإسقاط في عقد امتياز المرفق العام – أقول بأن هذه الولاية القضائية تســري

= *technique* ، وحكم الإدارية العليا بتاريخ ١٧يونية ١٩٧٢ السنة ١٧ ص٥٨٨،٥٨٧ حيث قضت بحق الإدارة في سحب التزام بإدارة سوق في حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً .وفتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقــم ٥٩ في فبراير ١٩٥٨ .مجموعة الأستاذ أبو شادي ص٦٤ .ويفسر البعض ضرورة الإعذار بأن جزاء الإسقاط ليس بصفة عامة إجراءً عاجلا خاصة وأنه يكون مسبوقا في الغالب بوضع المرفق تحت الحراسة –المرجع السابق ص٧٦٠.

[٥٣٦] انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٢/٦/١٧ م السنه السابعة عشر صــ٥٨٧ ، ٥٨٨ –حق الإدارة في سحب الالتزام بإدارة سوق في حاله ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً.

[٥٣٧] مثال فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقم ٥٩ /١٩٥٨/٢ –مجموعة الأستاذ المستشار أبو شادي ص٦٤.

في شأن عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* من باب أولى ، بعد أن أصبحت العلاقة بين الإدارة والملتزم – في هذا العقد – تكتسي ثوباً إتفاقياً ، وبزوال سياسة التدخل والفرض بالقرارات السياديه ، واتخاذ مبدأ العدالة والمساواة سبيله بين الطرفين باختيار طريقة التحكيم وجهة التقاضي ملجأ وملاذاً لفض ما قد ينشأ بينهما من خلاف أو منازعة ، ولا ريب أنه لا توجد ثمة حاجة ماسة لتوقيع عقوبة الإسقاط كإجراء عاجل فغالباً ما يكون توقيع هذا الجزاء مسبوقاً بوضع مرفق الامتياز تحت الحراسة فضلاً عن حماية الملتزم بشروط وضمانات استثنائية »، ولهذا يمكن لمرفق الامتياز مواصلة سيره في سياج آمن تحت مظلة فكرة النفع العام ، إلى أن يصدر الحكم في طلب الإسقاط تحكيما أو قضاءً.

• *الشرط الثاني* [٥٣٨] : يلزم لتوقيع جزاء الإسقاط ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه يضر بسير المرفق العام ، ومن الأمثلة المستمدة من أحكام القضاء الفرنسي ، لأفعال تبرر توقيع جزاء الإسقاط :

١)عدم انتظام الطاقة الكهربائية الناشئة عن قصور وعدم كفاية الأدوات المستخدمة في استغلال المرفق.

٢)عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بمعرفة مانح الامتياز، ورفض إمداد جهة الإدارة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.

٣)تنازل الملتزم عن عقده كليا أو جزئيا دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة.

• *الشرط الثالث* يتطلب القضاء الفرنسي وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط بتوجيه دعوة رسمية إليه لتنفيذ التزاماته،وتتضمن كراسات الشروط ضرورة قيام الإدارة بإعذار الملتزم قبل توقيع الجزاء وتحديد المدة التي يمكن بعدها اتخاذ جزاء الإسقاط،و أيضا في حالة سكوت العقد يتعين توجيه الإعذار قبل توقيع جزاء الإسقاط[٥٣٩] .

---

[٥٣٨] تراجع الأمثلة–رسالة الدكتور/صلاح عبد البديع –المرجع السابق صـ٩٥ وما بعدها.

[٥٣٩]

« La mise en demeure ne consiste pas seulement , en matière de déchéance de concession de service public,dans une sommation adressée au concessionnaire Il faut que, à la suite de cette sommation , le concassionaire n`ait pas fait tous

ويعد هذا الجزاء غير مشروع إذا لم يكن مسبوقاً بالإعذار ، وكذلك إذا تضمنت وثيقة الامتياز استيفاء أو اتخاذ إجراءات شكلية معينة فإنه يجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء كأخذ رأي جهة ما حيث يترتب على مخالفة تلك الإجراءات أن يرفض القاضي توقيع جزاء الإسقاط ، ولا يلزم أن تقوم السلطة المانحة بإعذار الملتزم بنفسها إنما يجوز أن تتولى عنها هذه المهمة سلطة إدارية أخرى .(٥٤٠)

ومفاد ما تقدم أن الإعذار في مجال الإسقاط لا يقتصر فقط على توجيه إنذار إلى الملتزم بل يجب على الإدارة عقب الإنذار أن تقوم بمنح مهلة معقولة للملتزم المتراخي في الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، لكي يواصل التنفيذ ، وأن يبدي ملاحظاته ويقدم أوجه دفاعه ويتناقش مع الإدارة فيها.

وهناك حالات يتم فيها إعفاء الإدارة المانحة من شرط إنذار الملتزم وهي :

١)إذا تضمن العقد شرطاً قاطع الدلالة بإعفاء الإدارة المانحة من الإعذار.

٢)إعفاء الإدارة من الإعذار بموجب نص تشريعي أو لائحي .

٣)إذا كانت الظروف تكشف عن عدم جدوى الإعذار كما في حالة إعلان الملتزم بنفسه عن عدم قدرته نهائيا استغلال المرفق .

٤)في حالة إفلاس الملتزم أو تصفية مشروعة قضائيا،لعدم جدوى الإنذار.

٥)في حالة تنازل الملتزم عن عقده دون ترخيص مسبق .

• *__الشرط الرابع ، إلزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم:__* ويحتوى هذا الشرط على أمرين : __أولهما :__ الإجراءات التمهيدية وأخذ الرأي مقدما ،و__ثانيهما:__ تسبيب القرار الإداري الصادر بالإسقاط وإبلاغه للملتزم ، وسوف نتعرض لدراسة هذا الشرط في"المبحث الثالث".

---

ses efforts pour executer ses obligations ou soit impuissant à exploiter normalement , L'administration doit , en conséquence , en même temps qu'il adresse la sommation ,accorder un délai raisonnable au concessionnaire ,= =discuter avec lui ses propositions. Ce n'est qu'en dernière analyse que la déchéance devra être prononcée .

جيز المرجع السابق ص١٨٩ *__ويفسر البعض ضرورة الإعذار بأن جزاء الإسقاط ليس بصفة عامة إجراء عاجلا خاصة وأنه يكون مسبوقا في الغالب بوضع المرفق تحت الحراسة__* الفقيه بونار ،المرجع السابق ص٧٦٠.

(٥٤٠) يراجع في هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ نوفمبر ١٩٧١ في قضية *S. S.I.M.A* المجموعة ص٧٢٣ كما تراجع رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع .المرجع السابق ص١٠٦.

المطلب الثالث

"الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط"

يركز الفقه على الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط فيما يلي:

١)إنهاء العلاقة التعاقدية ،واستبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في وثيقة الامتياز.

٢)يعد جزاء الإسقاط عقوبة قاسية للملتزم لخطئه الجسيم، كما يتحمل وحده الأعباء المالية من أجل استمرار تشغيل المرفق العام.

٣) فقدان التأمين الذي سبق أن دفعه الملتزم حال إبرام عقده .

٤) إقامة مزايدة جديدة على مسئولية الملتزم المستبعد من أجل اختيار ملتزم جديد لتأمين استمرار المرفق العام.[٥٤١]

وتتمثل المبادئ التي تحكم المزايدة فيما يلي:

أ)تستهدف المزايدة تغيير الملتزم بملتزم جديد يحل محله ،وتتم المزايدة على مسئولية الملتزم المستبعد ، وبالتالي يتحمل خسارة أقل أو أكثر تبعا لنتيجة المزايدة ويكون من حق الملتزم تعيين الثمن الأساسي *La Mise Prix* الذي تفتتح به المزايدة ومراقبة المزايدة وابداء رأيه فيها.

ب)إذا نجحت المزايدة فإن الملتزم الجديد يحل محل الملتزم المستبعد في حقوقه والتزاماته على أن يتسلم الأخير الثمن الناتج من المزايدة، ويتحمل المصروفات التي استلزمتها عملية المزايدة.

ج)إذا فشلت المزايدة الأولى ، فإنه يتم عمل مزايدة أخرى بدون تحديد ثمن أساسي- فإذا لم تسفر المزايدة الثانية عن نتيجة يفقد الملتزم المستبعد جميع حقوقه نهائيا، وتصبح الأعمال والإنشاءات والأجهزة والأدوات والمواد المستغلة بالمرفق ملكا للسلطة مانحة الامتياز بغير تعويض .[٥٤٢]

---

[٥٤١] يراجع في هذا الشأن رسالة الدكتور/ صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها.

[٥٤٢] استاذنا الدكتور /محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها

د)أما إذا لم تجر الإدارة هاتين المزايدتين وقررت استغلال المرفق بطريقة الإدارة المباشرة فإنها تُلزم بدفع المصروفات التي أنفقها الملتزم لتهيئة المرفق و قيمة المواد التي آلت إليها دون مقابل .[٥٤٣]

ويلاحظ في هذا الصدد أن الإدارة ليست خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم إذا ما قررت بنفسها إدارة المرفق. لذا فإنها لا تسأل عن حقوق دائني الملتزم ولا تسري في مواجهة الإدارة عقود العمل الخاصة بالعاملين لدى الملتزم المستبعد ما لم ينص القانون أو عقد الالتزام خلاف ذلك [٥٤٤]

---

[٥٤٣]أنظر العقود الإدارية " الأحكام العامة و الاختصاص القضائي" تأليف الدكتور "عمر حلمي فهمي و الدكتور عادل عبد الرحمن خليل ص١٧٥ – الناشر دار الثقافة الجامعية ١٩٩٨.

[٥٤٤] أنظر موسوعة العقود الإدارية م.حمدي ياسين عكاشة – الناشر منشأة المعارف بالاسكندريه ١٩٩٨ ص٥٧٦

المبحث الثالث
" رقابة القضاء على قرار إنهاء عقد الامتياز "

تمهيد وتقسيم: (٥٤٥)

يختص القضاء الإداري كقاعدة عامة بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد امتياز المرفق العام ، وطبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي يختص قاضي العقد (القاضي الكامل) وحده دون قاضي الإلغاء بالفصل في منازعات عقود الامتياز ومن بينها قرارات إنهاء هذه العقود وطلبات إلغاء الجزاءات التعاقدية ، وقضت محكمة القضاء الإداري بأنه" متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد، أم صحته أم تنفيذه أم انقضائه ، فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ".

وتتناول الرقابة القضائية بحث البواعث التي حدت بالإدارة إلى استرداد الامتياز، أو فسخ العقد أو إسقاط الالتزام ، وكذلك تناسب الجزاء مع جسامة الخطأ الذي ارتكبه الملتزم ، واستيفاء القرار الإداري أوجه المشروعية ومبدأ موازنة المشروعية والملاءمة ، واستيفاء قرار الإنهاء شرط التسبيب واتخاذ الإجراءات التمهيدية و الغلط البين في التقدير ، وهذه الأمور ندرسها في مطلبين :

المطلب الأول
" رقابة القضاء أوجه المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية والملاءمة والغلط البين في قرار إنهاء الالتزام "

المطلب الثاني
" رقابة القضاء مدى استيفاء قرار إنهاء الالتزام شرط التسبيب واتخاذ الإجراءات التمهيدية "

---

(٥٤٥)يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسن أمين المرجع السابق ص ١٢٠ وما بعدها .

المطلب الأول

" رقابة القضاء أوجه المشروعية وموزانة مبدأ المشروعية والملاءمة والغلط البين لقرار إنهاء الامتياز "

تتمثل أوجه الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء عقد الالتزام في : رقابة المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية ،والملاءمة،والغلط البين في التقدير:

أولا : رقابة المشروعية[٥٤٦] :

يعتبر القرار الصادر بإنهاء عقد الامتياز نهاية مبتسرة غير مشروع إذا اقترن بأحد العيوب التالية :

١)عيب الاختصاص « *Vice de l'incompetence* » يعد قرار الإدارة غير مشروع في حالة صدوره من جهة غير مختصة بإصداره .

٢)عيب الشكل :« *Vice de la forme* » يعد القرار غير مشروع إذا صدر دون مراعاة إعذار الملتزم، أو صدور القرار بغير الإجراءات ، أو الشكل الذي يتطلبه القانون أو العقد ، وليس للمتعاقد أن يطعن في عدم مراعاة الإدارة لإجراء شكلي مقرر لمصلحة الإدارة وحدها.

٣)عيب مخالفة القانون « *Vice de violation de la loi* » يجب أن ينطوي الفعل الذي ارتكبه الملتزم على خطأ جسيم في التنفيذ وأن تشكل الوقائع المنسوبة له طابعا من الجسامة يبرر توقيع الجزاء وإلا اتسم القرار بعدم المشروعية.

٤)عيب الانحراف بالسلطة « *Vice de détournement de pouvoir* »إذا ما تبين أن الهدف من اتخاذ قرار إنهاء الالتزام هو لإبرام عقد جديد مع شخص آخر غير الملتزم فإن القرار يكون مشوبا بالتعسف في استعمال السلطة والانحراف به .

---

[٥٤٦] انظر أ.د. فؤاد العطار القضاء الإداري دار النهضة العربية ١٩٦٨ ص ٥٦٦ وأ.د. مصطفى أبو زيد فهمي القضاء الإداري مرجع سابق ص ٤٤١ والمنازعات الإدارية بدون دار نشر ١٩٧٦ ص ١٩٥ وأ. د. ربيع فتح الباب القضاء الإداري قضاء الإلغاء ٢٠٠١ دار الرسالة الدولية للطباعة ص ٢٣٥ و المستشار حمدي ياسين عكاشة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧ ص ٤٩٦ وأ. د. محمد ميرغني خيري نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٢ ص ٤٢١ وما بعدها

ومفاد ذلك أنه إذا حاد مصدر القرار عن هدفه غدا قراره باطلا لكونه مشـــوبا بالانحراف في استخدام الإدارة سلطتها بغية تحقيق غاية غير مشروعة لتعارض ذلـك مع المصلحة العامة أو مع الهدف الذي حدده القانون لإصدار القرار .[٥٤٧]

ثانيا : رقابة موازنة مبدأ المشروعية :

تلتزم الإدارة فيما تباشره من أعمال وتصرفات باحترام مختلـــف القواعـد القانونيـة الناتجة عن المصادر المتعددة المكتوبة منها وغير المكتوبة وهذه الســلطة المقيـدة تؤدى حتما إلى نتائج إيجابية في مجال حماية الأشخاص أولئك الذين تترك لهم الدولة قدرا من الحرية للمعاونة في أنشطة المرافق العامة تضمن به سيرها بانتظام واطراد، كما ترفع عن الأعمال في هذا المجال سمة النمطية والروتين مما يبعـــث فيـها روح التطوير والابتكار وبهذه المثابة تكون السلطة المقيدة سياج ضمان و أمان لـــهؤلاء الأشخاص ضد تسلط الإدارة وعسفها وانحرافها عن السبيل القويم.[٥٤٨]

ثالثا : رقابة الملاءمة :

من المعلوم أن القرار الإداري له خمسة أركان هي: الاختصاص ، والشكل، والغايـــة، والمحل، والسبب،،وبالنسبة لركني الشكل والاختصاص فالإدارة ليس لها في شـــأنهما أية سلطة تقديرية ، أما ركن الغاية: فهو مقيد بطبيعته باعتباره يمثل الحد الخـــارجي للسلطة التقديرية . فإذا حادت الإدارة عن الهدف أو كان باعثها مـــن اتخـاذ القـرار تحقيق مصلحة ذاتية جاء القرار معيبا بسوء استعمال السلطة أو الانحراف بها .

وتقـــول محكمـــة القضـــاء الإداري فـــي حكمـــها الصـــادر بتـــاريخ ١٣يناير١٩٤٨:"حيث أنه مما يجب التنبيه إليه بادئ الأمـــر أنـــه وإن كـــانت الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها بأن لها الحرية المطلقة فـــي تقديـــر ملاءمـــة

---

[٥٤٧]يراجع : بحث د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة بعنوان "إلغاء القرار الإداري لحياده الهـــدف المخصـــص لإصـــداره" ٢٠٠١ مجلة المحاماة العدد الأول ص٥٩٧ ، ومؤلفه "الانحراف بالسلطة كسبب لإلغـــاء القـــرار الإداري" ٢٠٠١ دار النهضة العربية ، ومؤلف أ.د. محمد أنس قاسم جعفر "الوسيط في القانون الإداري والقضاء الإداري" دار النهضة العربيـة ص٣٣٦ ، ومؤلف أ.د. الطماوى "القضاء الإداري – قضاء الإلغاء" ١٩٧٦ دار الفكر العربي ص٨٦١ .

[٥٤٨]يراجع مؤلف أ.د. رمضان محمد بطيخ "القضاء الإداري" دار النهضة العربية ص٤٩، والمصادر المتعددة المكتوبـــة هي: الدستور والتشريعات واللوائح – أما غير المكتوبة فهي العرف والمبادئ العامة للقانون ص ١٩

إصدار القرار الإداري من عدمه ، بمراعاة ظروفه ووزن الملابسات المحيطة بـه ،إلا أنه يجب أن يكون الباعث عليه ابتغاء مصلحه عامه ، وإلا شابه عيب إساءة استعمال السلطة وأمكن أن يردها القضاء إلى جادة الصواب" .(٥٤٩) ،،،وبذلك تنحصر سلطة الإدارة التقديرية في نطاق ركني السبب والمحل.

*ركن السبب :حالة واقعية أو قانونية تبرر تدخل الإدارة في شأن مرفق الامتياز لإنهاء العقد مثلا عند تعرضه لأخطار من جانب الملتزم تهدد سيره في نحو يضر بجمهور المنتفعين به ، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في هذه الحالة ، حين يستند تقديرها على وقائع مادية ثابتة .

وتقول في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ابريل ١٩٥٦" للقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام الوقائع وصحة تكيفها القانوني 'ومن المبادئ ذات الدلالة الخاصة في هذا الصدد: " أن للإدارة حرية تقدير أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها . في شأن إخلال الملتزم بالتزاماته العقدية وتقدير الجزاء الذي تراه مناسبا في حدود النصاب القانوني المقرر ورقابة القضاء الإداري لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهي إليها القرار في هذا الشأن مستخلصه استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونيا فإذا كانت منتزعه من غير أصول موجودة أو كانت مستخلصه من أصول لا تنتجها أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها ماديا لا تنتج النتيجة التي يتطلبها القانون كان القرار فاقدا ركنا من أركانه وهو ركن السبب ووقع مخالفا للقانون.(٥٥٠)

* ركن المحل : يكون محله قطع العلاقة التعاقدية بين الملتزم والإدارة – وهنا تتجلى سلطة الإدارة التقديرية في تقدير مناسبة الإجراء المتخذ مع الوقائع التي دفعت إلى اتخاذه أي تناسب المحل مع السبب فيما يتعلق بالجزاءات التي توقعها الإدارة على الملتزم فهي تملك بحرية تامة سلطة اختيار الجزاء المناسب من بين الجزاءات

---

(٥٤٩) المجموعة الرسمية السنة الثانية ص٢١٠.

(٥٥٠) المجموعة الرسمية السنة الأولى ص٦٨٧ وانظر أ.د. محمود سامي جمال الدين قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة دار النهضة العربية ١٩٩٢ ص ٩٨ ود. ناصر سيف الشمسي رسالة دكتوراه جامعة عين شمس علم ٢٠٠١ ص ٤١٢ " الوقف عن العمل وسلطة الإدارة في القانون " دراسة مقارنة" ، أ.د. محمود عاطف البنا " الوسيط في القضاء الإداري" دار الفكر العربي ١٩٩٥ ص ٢٦٥ أ د. محمود حلمي " قضاء الإلغاء" دار الفكر العربي ١٩٧٧ ص ١٦٧

التي حددها المشرع وأيضا في مواجهة الأخطار التي تهدد سير مرفق الامتياز بالتوقف.

ويقدر مجلس الدولة جسامة الجزاء الموقع على المتعاقد ، ولا تقتصر رقابته على التحقق من الوجود المادي والقانوني للجزاء وأسبابه ، بل تمتد الرقابة إلى موازنة مدى تناسب الجزاء مع خطورة الأسباب التي تبنى عليها ، لذا فإن القاضي يحكم بعدم مشروعية الجزاء المبالغ فيه، إذا كانت الوقائع المنسوبة للملتزم لا تمثل طابعا جسيما من الخطورة يكفي لتبرير الجزاء ، أو أن يحكم بإحلال جزاء أخف محل جزاء الإسقاط مثلا، وللقضاء الإداري أن يبسط رقابته على عنصر الملاءمة ذاته باعتباره قضاءا إنشائيا ويضع قاعدة قانونيه يشترط فيها أن يكون الإجراء ضروريا ولازما ومتناسبا مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة لاتخاذه .[٥٥١]

رابعا : رقابة الغلط البين أو الغلو في التقدير :

تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد الحكم في قضية العمدة "*Comino*" حيث بسط رقابته فأصبحت تشمل إلى جانب رقابة المشروعية والملاءمة رقابة الغلط البين في التقدير على سائر قرارات الجهات الإدارية عامة المقيدة منها وغير المقيدة، استنادا إلى فكرة الغلط البين في التقدير ، والتي تمكن المجلس أن يواجه بها امتناعه عن التكييف القانوني للوقائع ،ولينفذ إلى : تقدير الإدارة للوقائع واختيارها لقراراتها، ذلك بعد أن استمر المجلس زمنا طويلا تحده قاعدة عامة مناطها احترام سلطة الإدارة في بحث الوقائع وتقديرها مثلما تحترم محكمة النقض هذا الاختصاص لمحكمة الموضوع [٥٥٢] اعتبارا بأن مجلس الدولة هو الآخر قاضى قانون وليس قاضى واقع.

---

[٥٥١] ولمزيد من التفاصيل أنظر أستاذنا الدكتور رمضان محمد بطيخ في مؤلفه "الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها –الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٢، ويراجع مؤلف أستاذنا المرحوم محمد كامل ليلة في الرقابة على أعمال الإدارة المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها

[٥٥٢] يراجع الموضوع بتوسع في رسائل الدكتوراه " الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء " جامعة الإسكندرية عام ١٩٦٣ .د/السيد إبراهيم رجب ص١١ ، د/ محمد حسنين عبد العال "فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء " جامعة القاهرة ١٩٧١ ص٥ ، د/عصام عبد الوهاب البرزنجي " السلطة التقديرية والرقابة القضائية – جامعة القاهرة ١٩٧٠ ص ٢٧٢ ، د/على سمير صفوت " مجلس الدولة قاضى الوقائع مجلة مجلس الدولة س ٥ /١٩٥٤ ص ٣٢٩.

ولهذا فإن المجلس في قضية العمدة "*Comino*" [٥٥٣] لم يستطع أن يتجاهل بأن الغلط في الوقائع يؤدى إلى غلط في القانون ، ومن ثم يصبح الجزاء الموقع غير مبرر وينطوي على غلط بين في التقدير أو الغلو فيه .

هذا ولم يكن الفقه الإداري الفرنسي بمعزل عن هذا الاتجاه بل إن دوره كان ممهدا ومواكبا فأظهر عدم كفاية وسائل الرقابة القضائية العادية حيال التطور المتنامي لدور الدولة وتدخلها في مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية وما استتبعه ذلك من التوسع في السلطة التقديرية للإدارة – ولهذا طالب الفقه بمد سلطة رقابة المجلس حتى يلاحق هذا التطور على نحو يوفق بين الاحتفاظ للإدارة بسلطتها التقديرية من ناحية ، وحماية مصالح الأفراد وحرياتهم من ناحية أخرى.

وقد تطورت فكرة الغلط البين في التقدير حتى أصبحت نظرية فقهية وقضائية وطيدة الأركان راسخة البنيان تسهم في توسيع قاعدة الشرعية، ورقابة القضاء على أعمال الإدارة ،وفي تقدير ملاءمة القرارات أي اختيار القرار ثم امتدت في ربع القرن الأخير لتشمل كافة أنشطة الإدارة.

وفي مصر لم يكن مجلس الدولة بمعزل عن ذلك ، وإن لم يستعمل تعبير الغلط البين صراحة، لكنه أعمل مضمون ونتائج النظرية في مجالات الضبط الإداري ، والوظيفة العامة، والمسائل الفنية وتقدير الضرائب العقارية ،والتعويض عن القرارات الإدارية ،وتلك المتعلقة بقيد الطلاب بسنوات الدراسة الجامعية ، ولأول مره ظهر اتجاه المحكمة الإدارية العليا [٥٥٤]حيث قالت : " إنه ولئن كان للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير تعقيب عليها في ذلك

---

[٥٥٣] الحكم الصادر في ١٤ يناير ١٩١٦ في قضية العمدة "*COMINO*" الذي فصل بحجة أنه لم يوفر الاحترام اللازم لجنازة – فألغى المجلس قرار فصله لأن الاتهام لا أساس له من الواقع وجاء في حيثيات الحكم " أن المجلس يملك البحث في ماديات الوقائع.. وإذا تحقق من الوجود المادي للوقائع فمن حقه أن يبحث فيما إذا كانت هذه الوقائع تبرر قانونا توقيع الجزاء المتخذ بحق العمدة "- ولم يقتصر مجلس الدولة في مسلكه هذا على قرارات الفصل بل عمم هذا المسلك بالنسبة لسائر القرارات الإدارية. انظر د/ عصام عبد الوهاب رسالة الدكتوراه المرجع السابق ص٢٧٢ وانظر مقال الدكتور /يحيى الجمل بعنوان "رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع "مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧١ العدد ٣،٤ ص٤٠٥ وما بعدها .

[٥٥٤]حكمها الصادر في ١٩٦١/١١/١١ وأنظر "نظرية الغلط البين في التقدير"للمستشار الدكتور محمود سلامه ص ٤١٩ وما بعدها بدون تاريخ دار النهضة العربية القاهرة.

إلا أن مناط مشروعيه هذه السلطات شأن أي سلطة تقديريه أخرى ألا يشوب استعمالها غلو ،ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ومقداره ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون من التأديب".

وقد اعتمد القضاء الإداري بمجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر المعيار الموضوعي لنظرية الغلط البين والغلو في التقدير -بما مؤداه أن التقدير الإداري يكتنفه شرط ضمني مؤداه ألا يكون مشوبا بغلط بين، وقد استطاعت نظرية الغلط البين - في تطورها - أن تقدم أخيرا حلولا قضائية للمشاكل العملية التي واجهت مجلس الدولة الفرنسي في مجال تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد - ***مما يصدق إعماله في تحقيق التوازن المالي والاقتصادي في الحقوق والالتزامات بين الإدارة والملتزم بحيث يبقى مرفق الامتياز مستمرا في سيره يؤدى خدماته للمنتفعين به بانتظام واطراد فيظل العقد بمنأى عن الخلل والتوقف .***

المطلب الثاني
رقابة القضاء مدى استيفاء قرار إنهاء الامتياز
شرط التسبيب واتخاذ الإجراءات التمهيدية

حين يستوجب القانون تسبيب القرار الإداري واتخاذ إجراءات معينـــة ، فـإن إهمال التسبيب وعدم استيفاء القرار شرط اتخاذ إجراء لازم قبل إصداره يرتب بطـلان القرار وذلك على التفصيل الآتي:

أولا : الإجراءات التمهيدية واخذ الرأي مقدما : (٥٥٥)

١)الإجراءات التمهيدية : يفرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين اتخـــاذ إجراءات تمهيدية ،كإعلان ذي الشأن لسماع أقواله ، أو إجراء تحقيـــق ، أو إتمـام بعض إجراءات العلانية....الخ ،لذا يتعين في كل هذه الحالات إتمام هذه الإجـــراءات قبل إصدار القرار ، ولمجلس الدولة الفرنسي قضاء غنى يدل على مسلكه فـــي هـذا الصدد – فلا يكتفي المجلس بأن تسمح الإدارة للموظف بـــالاطلاع علـــى الملـف، وجـميع الوثائق التي تهمه . بل يجب أن تمنحه المدة الكافية لذلك ، وأن يكون فـــي وضع يسمح له بالاطلاع مكانيا وجسمانيا،- فلم يتقبل المجلس من الإدارة أن تطلـب من موزع بريد يقطن الجزائر الحضور إلى باريس للاطلاع على ملفه (٥٥٦) بـــل ولا يعتبر الاطلاع متحققا إذا ما أتيح للموظف في مكان عمله وكانت حالتـــه الجسـمانية والذهنية لا تمكنه من الاطلاع على الوجه المطلوب.

ومن هذا القبيل حكم مجلس الدولة المصري الصـادر فـــي٩ مـــارس سنة ١٩٥٤السنة الثانية ص٩٠٠ الذي يقول فيه " إن القانون ٢١٠ لسنة ١٩٥١ يوجب سماع أقوال الموظف ،وتحقيق دفاعه قبل توقيع الجزاء عليه، ومن ثم يكـــون بـاطلا

---

(٥٥٥)يراجع مؤلف الدكتور العميد الطماوى – النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنه الطبعـــة الخامســة سـنة ١٩٨٤ص٢٤٤ وما بعدها – الناشر دار الفكر العربي.

(٥٥٦)حكمه الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في قضية « *Herloux* »

« Lorsque le requerant fut anrite a prendre communication de son dossier etait dons un etat physique et mental qui me lui permettait pas de prendre utilement connaiss nce des pieces mises a sa dispoition »

كل جزاء يوقع علي موظف لم يواجه بالتهمة المنسوبة إليه، ولم تسمع أقواله عنـها، ولم يحقق دفاعه فيها" .

وقضاء مجلس الدولة غنى في إرساء مجموعة من المبادئ القانونية فيما يتعلق بضرورة احترام الإجراءات التي فرضها القانون قبل اتخاذ القرار الإداري ورتب جزاء البطلان حالة إغفال أي من الإجراءات التمهيدية والسنن المتبعة في المراحل التي رسمها ونظمها المشرع في كل حالة [٥٥٧] ، وكذلك في حالة منح المشرع مهله محددة للأفراد قبل صدور القرار ليعدوا فيها أنفسهم لمواجهته ، وحينئذ يتعين احترام تلك المدة ،وكذلك حين تمنح الجهة الإدارية مده معينه لاتخاذ الإجراء خلالها فلا يجوز قبول الإجراء بعد انتهاء الميعاد فهو ميعاد سقوط. [٥٥٨]

٢-أخذ الرأي مقدما :يفرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين استشارة فرد أو هيئه من الهيئات حينئذ يتعين القيام بهذه الشكلية قبل إصدار القرار حتى ولو كان الرأي في ذاته غير ملزم لها ، ولمجلس الدولة المصري قضاء غنى في هذا الصدد، ويترتب على إغفال الإدارة هذا الإجراء إهدار الضمانات التي يكفلها القانون للأفراد مما يعيب القرار ويبطله ويكون خليقا بالإلغاء لعيب في الشكل .[٥٥٩]

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه إذا كان القانون قد أوجب الحصول على عدة آراء متتالية ، فيجب إتباع التسلسل الذي نص عليه القانون وإلا جاء القرار باطلا ، وبأن يكون الرأي متعلقا بالموضوع الذي صدر في شأنه القرار، وبالتالي تكون الاستشارة في جزء منه فقط مؤديه إلى بطلان القرار ، وإذا استلزم المشرع أخذ رأى موظف معين - فلا يغني عن ذلك أخذ رأى رئيسه [٥٦٠] وللسلطة التي تملك إصدار القرار الإداري مراجعة الهيئة الاستشارية، وإذا كان رأيها ملزما فعلى مصدر القرار أن يتقيد بآخر رأى لها ،واستنادا إلى" قاعدة تقابل

---

[٥٥٧] حكمه الصادر في ٢٨ مايو سنة ١٩٣٧ في قضيه « *Metors* » المجموعة ص ٥٣٦.

[٥٥٨] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٦يناير سنة ١٩٦٠ س٥ ص١٧٩ وحكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٦٣ س٨ص٥٤٢ وحكمها الصادر في ١٦ أبريل ١٩٦٣س٨ص٩٨٧وحكم محكمة القضاء الإداري في ١٣ مارس ١٩٥٨س١٢-٣ص٨٨، وحكم الصادر في ٥أبريل سنة ١٩٥٣ س٧ص٨٢٧ مجموعة أحكام المجلس

[٥٥٩] الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣٢مارس ١٩٦٣ س٨ص٨٩٩ وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢س١٧ص٢٧٤.

[٥٦٠] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٦٩.

الإجراء "*La réglé du parallélisme de forme*" فإن القرار الذي يصدر بناء علـــى استشارة هيئه معينه لا يجوز إلغاؤه إلا بعد استشارة ذات الهيئة.

ثانيا:- تسبيب القرار الإداري:

بتاريـــخ ١١ يوليـــو ١٩٧٩ أصدر المشرع الفرنسي قانونا يعمل به من ١١ ينـــاير ١٩٨٠ [٥٦١] ـاستوجب فيه تسبيب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضررا بـالأفراد

---

[٥٦١]لقد كان ما تقدم يمثل الوضع السائد في فرنسا قبل صدور قانون ١١ يوليه ١٩٧٩ المتعلـــق بتســـبيب القـــرارات الإدارية وبتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور.

Relative a la motivation des actes administratifs et a lamelioration des relations entre l'administration et le public.

، وبالنظر لأهمية هذا القانون فإننا نورد نصوصه فيما يلي :

Le Loi no79-587 du 11 juillet 1979 relative ala motivation des actes administratifs et a lamelioration des relations entre l'administration et le public. Art ,ler ,les personnes physiques ou morales ont le droit d'etre informées sans de lai des motifs des decisions administratives individuelles defavorables qui les concernent .A cet effet doivent etre motivees les decisions qui :Restreignent l'exercice des libertés publiques ou de manière gènèralc consituent une mesure de police:

a) infligent une sanction .

B)subordonnent loctroi dune autorisation a des conditions restrictives ou imposent des sujetions

c)retirent ou abrogent une decision creatrice de doroit;

d)opposent une prescription .une forclusion ou une decheance.

e)Refusent un avantage don't lattribution constitue un droits pour;

f)Les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir L.no 86-76 du 17 jany 1986- Aefusent une autorisation sauf lorsque la communication des motifs pourait etre de nature a porter atteinte a lun des secret ou interets par les disposition des deuxieme a cinquieme alineas de larticle 6 de la loi no. 78-753 du 17 juillet 1987 portant diverses mesures damelioration des relations entre l'administration et le public'.

2)Doivent également être motivées les décisions administratives individuelles qui derogent aux regles générales fixees par la loi ou le reglement.

3)Lamotivation exigee par la present loi doit etre ecrite et comporter lenonce des consideration de droit et de qui constituent le fondement de la decision

4)Lorsque l'urgence absolue a empêche qu une decision soitmotivee le defaut de motivation nentache pas dillegalite cette decision toutefois ,si linteresse en fait la demandé .L.no 86-76du 17 jany 1986. 'dans les dlais du recoure contentieux'. lautorite qui a pris la decision devra,dans un delai dun mois,lui en communiquer les motifs.LES dispositions de la presente loi ne derogent=

وأدى هذا القانون إلى قلب القاعدة التقليدية رأساً على عقب، فتسبيب القرارات الإدارية أصبح أمرا لازما لسلامة القرار الإداري ، ومن أنجح الضمانات للأفراد لأنه يسمح لهم مراقبة مشروعية تصرف الإدارة ، وحتي يحقق التسبيب الغرض المنوط به يجب أن يكون واضحا بدرجه تمكن من تفهمه ورقابته وأن يحتوى القرار في ذاته على أسبابه "Directement motises" أما الإحالة إلى قرار أخر أو إلى وثيقة أخرى فليس ذلك كافيا.(٥٦٢)

وتقول محكمه القضاء الإداري "اتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى اعتبار القرار الإداري المبنى على أسباب عامه أو غامضة أو مجهلـه قرارا خاليا من الأسباب وكذلك إذا اشترط القانون إيراد الأسباب ولم ترد الأسباب في القرار" .(٥٦٣)

=pas aux textes legislatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret.
5)Une decision implicite dans les cas ou la decision explicite aurait du etre motivee nest pas illegale du seul fait quelle n'est pas assorite de cette motivation .Toutefois,a la demande de lintersse, formulee dans les délais durecours contentieux ,les motifs de toute decision implicite de rejet devont lui etre communiques dans le mois suivant cette demande .dans ce cas,les délai du recoure contentieux contre ladite décision est proroge jusque a l'expiration de deux mois suivant le jour ou les motifs lui auront été communiques.
6)Les organismes de sécurité socurite sociale et les institutions visees a larticle-2-L351-21 –du code du travail doivent faireconnaitre les motifs des decisions individuelles par lesquelles ils refusent un avantage don't larrtribution consititue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir L.no.86-76 du 17 janv .1986)" L'obligation de motivation se tend aux décisions par les quelles les organismes et institutions vises a la linea prece dent refusent lattribution daides ou de subventions dans le cadre de leur action sanitaire et sociale "
7)Des decrets en Consel d'Etat precisent, en tant que de besoin les categories de decisions qui doivent être motivees en application de la presente loi .
8)a 10 V.L. no .78-753 du 17 juill. 1987 , art ler , 6bis et 7, infra , Services publics .
9)Les dispositions des articles ler a 4 ci-dessus entreront en vigueur a lexpiration dun delai de six mois a compter de la promulgation de la present loi. celles de larticle 6 entreront en viguer a lexpiration dun delai dun an a compter de la promulgation de la présente loi .

(٥٦٢) حكم المجلس الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ في قضية "Nectaux" وفي ٢٥ ابريل في قضية "Meurillon" (الطعن رقم ١٢٦٥ س٥١ ق جلسة ٣٠-١٠-١٩٨٥)

(٥٦٣) يراجع مؤلف أستاذنا العميد الدكتور الطماوى "النظرية العامة للقرارات الإداريه " المرجع السابق ص٢٤٢ وما بعدها حكمها الصادر بتاريخ ٤مارس ١٩٥٦-(السنة ١٠ ص ٢٣٢) .

وإذا كان المشرع يوجب التسبيب فلا يكفي أن يكون التسبيب مجرد تكرار لمعنى القرار لأن أسباب القرار غير محله وأهدافه، ويعد كل منهما ركنا مستقلا وقائما بذاته لذلك يتعين أن يكشف التسبيب عن دوافع القرار الإداري، ومن ناحية أخرى فإن التسبيب كما يرد على مزاوله الاختصاص المقيد يرد على استعمال الاختصاص التقديري سواء بسواء فجوهر التسبيب وحدوده واحدة في الحالتين .

وتعفي الإدارة من تسبيب قرارها في حالة الاستعجال المطلق *L'urgence' absolue*" ومن حق صاحب الشأن أن يطلب في خلال مده الطعن القضائي على قرار الإسقاط ، الاطلاع على أسباب الجزاء، وعلى الإدارة أن تجيبه على طلبه في خلال الشهر التالي لتقديم طلبه ، ويرتبط بالتسبيب ضرورة إبلاغ الملتزم بقرار الإسقاط لإمكان الاحتجاج به في مواجهته وحتى يستطيع الدفاع عن مصالحه .[٥٦٤]

<u>ومن المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية وأحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بشأن انهاء عقد الامتياز:</u>

" للحكومة إذا شاءت أن تقرر إسقاط التزام ، ومصادرة التأمين المدفوع أن يكون ذلك بقرار من الجهة المختصة ، وتعلن الحكومة بعد قرار الإسقاط عن مزايدة لبيع مرفق الامتياز ومعداته وفقا لأحكام عقد الامتياز تمهيدا لاختيار ملتزم جديد ،وإذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي استمرار سير المرفق العام أثناء المدة التي تستغرقها إجراءات المزايدة ، فتكون إدارة المرفق بمعرفتها وتحت مسؤليتها لحين إتمام المزايدة " (الفتوى رقم ٣١ بتاريخ ١٩٥٣/١/٢٨) [٥٦٥] .

" أن إسقاط التزام مرفق الكهرباء والغاز بمدينة الإسكندرية عن شركه ليبون وشركاه إنما يرد لخطئها ،ومن ثم لا يستحق أي تعويض عنه ما دام الإسقاط على سبيل الجزاء ، اعتبار الإسقاط بمثابة تقصير لمدة الالتزام أو تقريب لميعاد انتهائه ،،، اختلاف الحكم بالنسبة إلى حقوق الشركة وأموالها (السائلة والنقدية) أيلولتها مقابل قيمتها الحقيقية منظورا إليها من زاوية إمكان تحصيلها وعدم اعتبارها من

---

[٥٦٤] الدكتور صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها .

[٥٦٥] انظر موسوعة العقود الإداريه-المستشار حمدى ياسين عكاشة المرجع السابق ص٥٧٦ وما بعدها .

عناصر المرفق التي تؤول للسلطة العامة طبقا لطبيعة الالتزام لأن هذه الأموال مملوكة ملكية خاصة في تاريخ الإسقاط " (فتوى رقم ٦٠٩في ١٩٦٣/٦/١٥) .

" سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته حق مانح الالتزام في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم الحق في الإسقاط قائم إذا اختل المرفق اختلالا كليا أو جزئيا ، أو ارتكب الملتزم مخالفات جسيمه أو تكرر إهماله وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ، " (المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٠-١٣ق بتاريخ٣٠/١٢/١٩٧٧-٢٣/٢٧) .

" انتهاء عقد امتياز شركة سكك حديد وجه بحري بعد إسقاط الالتزام لإخلال الملتزم بالتزاماته العقدية ، فإن المرفق العام يؤول إليها باعتبارها السلطة مانحة الالتزام والمسئولة أصلا عن تقديم خدماته للجمهور وليس بوصفها خلفا للملتزم ، لا تتحمل الدولة بديون الملتزم وصدور الحكم بإلزام الشركة بأداء مبلغ قبل انتهاء عقد الامتياز وأيلولة المرفق للدولة ، ولا حجية له على الهيئة العامة للسكك الحديدية التي آل إليها المرفق لأنها لم تكن طرفا في الخصومة الصادر فيها الحكم" (الفتوى رقم ٣٩٤ في٥/٤/١٩٨٨جلسه ١٦/٣/١٩٨٨-٤١،٤٢/٢٩٦/٨١٠) .

"على الإدارة التزام قانوني بأن تعمل بحسن نية على تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء تنفيذا كاملا وهي تتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديريه في تحديد الوقت المناسب أو الملائم لاتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ تلك الأحكام ومن ثم إعادة الحال إلي ما كان عليه قبل صدور القرارات الملغاة ، إلا أن ذلك لا يعنى من ناحية أخرى أن الإدارة طليقة من كل قيد ، إذ يجب عليها كما تقول محكمة القضاء الإداري - في حكمها الصادر في ٢٦/٥/١٩٥٠ : " أن تقوم الإدارة بتنفيذ الأحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلانها فإن هي تقاعست أو امتنعت دون وجه حق عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر هذا الامتناع قرارا سلبيا مخالفا للقانون يوجب لصاحب الشأن حقا في التعويض" (٥٦٦)

---

(٥٦٦)مجموعة الأحكام السنه الرابعة ص ٩٥٦ بند٣٠٣.

"وأن الحكم على الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام الإدارية بالتعويض لا يعفيه من المسئولية الجنائية التي ورد ذكرها بالمادة ١٢٣ من قانون العقوبات ومن صدر الحكم لصالحه يستمد حقه مباشرة من ذات الحكم وليس من القرار التنفيذي ،ولا تملك الإدارة سلطه تقديريه إنما تلتزم بمنطوق الحكم فلا تجاوزه ، فالقرار الإداري هو مجرد إجراء مادي بحت لإزالة القرار الإداري الملغى تنفيذا للحكم بصيغته التنفيذية ، وعلى رجال الإدارة العامة وعلى رأسهم الوزراء ورؤساء المصالح والهيئات العامة تنفيذ الأحكام وإجراء مقتضاه " .[٥٦٧]

******

---

[٥٦٧] لمزيد من التفاصيل مؤلف أ.د./مصطفي كمال وصفي "أصول إجراءات القضاء الإداري" ١٩٧٨-القاهرة وأ.د.رمضان محمد بطيخ في مؤلفه "القضاء الإدارى" الطبعة الثانية ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٨٠٩ ومؤلف أ.د./حسني سعد عبد الواحد " تنفيذ الأحكام الإدارية ١٩٨٤ ص٤٨٣ وما بعدها " .

الفصل الثالث

" أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام "

« Liquidation de la concession »

نتناول دراسة أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام ، والامتياز بنظام الـ*B.O.T.* في ثلاثة مباحث على النحو التالي: [٥٦٨]

المبحث الأول

مصير الأموال والأدوات المستعملة في المرفق العام.

المبحث الثاني

تصفية الحسابات بين الإدارة والملتزم.

المبحث الثالث

أحكام التصفية المالية لعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

---

[٥٦٨] يراجع في خصوص هذا الموضوع مؤلف أستاذنا العميد الدكتور/ الطماوى ص٧٣٧ في العقود المرجع السابق وما بعدها-ومؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص١٢٧ و ما بعدها.

المبحث الاول

مصير الأموال المادية المتعلقة باستغلال المرفق العام

« Dépendant de l'exploitation Sort des beins matériels »

يستعمل الملتزم في سبيل إعداد المرفق محل الالتزام أنواعا مختلفة من الأموال منها العقارات - كالمباني ومحطات القوى، و السكك الحديدية ،والأنفاق والكباري والمطارات ...الخ ومنها المنقولات كالسيارات ،والمواد الخام اللازمة للاستغلال وأجزاء من الدومين العام تكون الإدارة قد وضعتها تحت تصرف الملتزم - كشغل جانب من الطريق أو مد أسلاك فوقه أو حفر أنفاق ...الخ.

وليس ثمة قاعدة قانونية مسلم بها تقضي بأيلولة تلك الأموال مجانا إلى الدولة عقب نهاية الامتياز ، وتحوي عقود الامتياز في فرنسا ومصر نصوصا تقضى بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجانا أو عن طريق الشراء وما لم ينص عليه العقد يبقى ملكا للملتزم.[٥٦٩]

وفيما يلي بيان حكم كل نوع من هذه الأموال :

<u>الأموال التي تؤول الى الدولة مجانا : « Biens de retour »</u> وهي الأموال التي تعتبر كلا غير قابل للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة في المشروع كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص .وقد ينص العقد على إدراج بعض

---

[٥٦٩] وبهذا المعنى أفتت إدارة الفتوى لمصلحة السكك الحديدية في ٤يونيو ١٩٥٥ بقولها: لا يتضمن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصا صريحا. يقضى بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز ، وما نصت عليه المادة الثانية من هذا القانون من أنه " لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من أرباح ...(نص المادة) لا يكفي وحده لتقرير حق الدولة في الاستيلاء دون مقابل على موجودات المرفق في نهاية مدة الالتزام . ذلك أن ما ذهب إليه المشرع من خصم مقابل استهلاك رأس المال من الأرباح التي يغلها المرفق ، لا يعدو أن يكون تقريرا للقواعد العامة في الاستغلال التجارى .أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام فأمر موضوعى محض يتعين الاتفاق عليه سلفا بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم ، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان . ما لم يقم على ذلك نص في عقد الالتزام ،وقد أفتى قسم الرأى مجتمعا بهذا المبدأ في فتياه الصادرة في ٢٣مارس ١٩٥٥ بقوله "وعند أيلولة المرفق لجهة الإدارة تؤول تبعا له كافة المنشآت والموجودات التابعة له ،واللازمة لسيره سواء نص في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص،وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم ما لم ينص في عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل.

المنقولات في قائمة الأموال التي تنول إلى الدولة مجانا - كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أو السيارات أو الترام أو قطع الغيار أو غير ذلك من الأدوات.

وتحتوي عقود الامتياز عادة على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد الخاصة بصيانة تلك الأموال والأدوات - بحيث تسلم بحالة جيدة وصالحة للاستخدام في نهاية المدة ومن المسلم أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقرر ولو لم ينص عليه صراحة في العقد وللإدارة حق خصم المبالغ اللازمة لإصلاح الأدوات التي قصر الملتزم في صيانتها من مستحقاتها عند تصفية الحساب النهائي .

__الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها : « Beines de reprise »__ تستطيع الدولة شراء الأموال المنقولة التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع وتحدد شروط العقد حرية الإدارة في شراء هذه الأموال ، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه ،وفي أحيان أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد من تلك الأموال ،و الأسس التي يقوم عليها تقدير ثمنها.

__الأموال التي تبقى ملكا للملتزم : « Biens demeurant la protriete du concessionnaire »__ : يحدد عقد الامتياز وفي الوثائق الملحقة الأموال التي تؤول إلى الإدارة عند انقضاء المدة ،وما عداها يكون ملكا للملتزم.

المبحث الثاني
تصفية الحسابات بين الملتزم و الإدارة
« Règlements financiers »

يعتمد الملتزم غالبا على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في سبيل تغطية ما ينفقه على تشغيل المرفق وما يعول عليه من ربح ، ولهذا يثير انقضاء الامتياز مسألة هامة تتعلق بتصفية الحسابات بين الإدارة والملتزم حين ينتهي عقد الامتياز نهاية مبتسرة، في الوقت الذي تكون الإدارة قد تعهدت في مواجهة الملتزم بأن تضمن له حدا أدنى من الربح ، أو تكون الإدارة قد تسببت بتصرفاتها في تحميله بعض الأعباء ، وفى بعض الأحوال قد يكون الملتزم مقصرا في صيانة الأموال وتجديد المعدات والمنشآت التي تؤول إلى الدولة في نهاية الامتياز ، وكذلك في حالة عدم قيام الملتزم بسداد الإتاوة المستحقة للدولة ...الخ ، فهذه الأمور وغيرها تقتضي تصفية الحساب على أساس المقاصة بين حقوق الطرفين.

هذا وقد تناولنا في الفصل الأول دراسة أساليب تعويض الملتزم في حالات الاسترداد التعاقدي ، وفى حالات الاسترداد غير التعاقدي فالقاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض ، أما في حالة الاسترداد التشريعي فإن القرار الصادر في شأنه يتكفل بتحديد مقدار التعويض المستحق وميعاد سداده،،،والمبدأ الذي يحكم التصفية بصفة عامة يتمثل في الأساس التعاقدي الذي يتم من خلاله تطبيق أحاكم وشروط العقد (أو الاتفاق) اعتبارا بأن النصوص الواردة في عقد الامتياز ذات طبيعة تعاقدية ملزمة لطرفي الرابطة العقدية، وعليه تكون مهمة القضاء إعمال تلك النصوص والالتزام بأحكامها وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين .

وفى جميع الأحوال يتولى أهل الخبرة في فترة التصفية مهام أعمالهم الفنية والمحاسبية والقانونية ، من أجل تقدير وتقييم كافة العناصر ذات الصلة وذلك بهدف تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين تمهيدا للبت فيها اتفاقا أو قضاء.

المبحث الثالث
أحكام التصفية المالية لعقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.*

وضع القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ قاعدة قانونية جديدة تخص عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وتقضي هذه القاعدة بأيلولة المطارات وأراضي النزول والمنشآت والأجهزة والمعدات للدولة - فقد نصت المادة(٤) من القانون ٣ لسنة ١٩٨٧ بشأن التزامات المرافق العامة بأنه "يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت ،وأجهزة ،ومعدات مخصصة للاستعمال وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزامات وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال .

وقد تضمن العقد الأول الصادر بمنح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ *B.O.T.* على قواعد وإجراءات تسليم المطار في حالتين :

الحالة الأولى : تسليم المطار بعد نهاية فترة الالتزام :

تنص المادة (٣) من العقد بالفقرة (د) تسليم المطار للمالك بعد نهاية فترة منح الالتزام بأن :يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلي المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحه للاستخدام والتشغيل وبما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دوليا وذلك وفقا للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٣١).

يتعهد الملتزم بتأمين مسئوليته عما قد ينجم عن تنفيذ هذا العقد من هلاك أو أضرار قد تلحق بالمالك أو الغير من جراء ما يقوم به موظفوه أو المتعاقدون معه أو ما يغفلون القيام به ، كما يلتزم كذلك بتأمين مسئولياته المتعلقة بالتعويضات التي يلتزم بها بمقتضى هذا العقد.

وقد ورد بالملحق(٣١)إجراءات وشروط وظروف نقل ملكية المطار قبل نهاية فترة الامتياز. [٥٧٠]

---

[٥٧٠] الوقائع المصرية –العدد ٢٦٤ (تابع) في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨ ص٨٢ وما بعدها

١) *إشعار الامتداد:* الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بموافقة صـــاحب الامتيــاز ،سيكون لها الحق في استمرار الاتفاق مع صاحب الامتياز لفترات إضافية بعد الفــترة الأولى .. الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ستقوم بإخطــار صــاحب الامتيــاز بنواياها لتجديد الاتفاق بمده لا تقل عن ٣ سنوات قبل تاريخ انتهاء الاتفاق القــائم أو تسليم المطار ..شروط وبنود مثل هذا الاتفاق الجديد سيتم الاتفاق المشــترك عليــها بين الهيئة المصرية للطيران المدني وصاحبا الامتياز في حينه .

في نهاية فترة التشغيل المتفق عليها تعاقديا سيقوم صاحب الامتياز بتســليم المطــار إلى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني -عملية نقل ملكية المطار ســتنفذ علــى مراحل انتقالية كما هو موضح أسفله.

٢) *أسلوب نقل الأبنية والمعدات:* صاحب الامتياز سيقوم قبل عامين من تــاريخ نقــل ملكية المطار بتزويد الهيئة المصرية العامة للطيران المدني قائمه كاملــة ومكتملــة لكافة الأبنية المشيدة (المباني والممرات الجانبية ومناطق مواقف الطائرات) وتركيــب المعدات وحتى تاريخ الفحص.

صاحب الامتياز سيقوم عندئذ بتزويد الهيئة المصرية العامة للطــيران المدنــي بالتالي: قطع غيار لتغطية سنه تشغيل كاملة ، إجراءات كاملة للصيانــة كمــا كــان متوقعا في مستندات الصيانة لكافة التركيبات والمعدات.

٣) *أسلوب نقل الإدارة:* قبل عام من تاريخ استلام المطار ستبدأ الهيئة المصرية العامة للطيران المدني إدارة الظل (غير الرسمية) للمراكز الرئيســية .. الهيئــة المصريــة العامة للطيران المدني ستقوم في إطار اتفاق ثنــائي مشــترك باشــراك الموظفيــن الرئيسيين لتعلم مهام ومسئوليات موظفي صاحب الامتياز والغرض من ذلك هو قيــام الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالتأكيد على انتقال ملكية المطار إليها بشــكل فعال وسلس .. كافة الخدمات والمنشآت ستكون متاحة لموظفــي الهيئــة المصريــة العامة للطيران المدني أثناء فترة الانتقال . موظفو الهيئة لن يكون لهم أية مسئوليات أو سلطات تجاه تشغيل وإدارة المطار بخلاف المسئوليات الموصوفة في مكان آخــر في هذه الوثيقة ..انتقال المسئولية والسلطة يجب أن يتم فقط في وقت انتقال ملكيــة المطار للهيئة من صاحب الامتياز والهيئة سيكون لها الحق في توظيــف ، أو عــدم

توظيف أي من موظفي صاحب الامتياز أو المقاولين من الباطن أثناء فترة انتقال ملكية المطار وهي سنه واحدة ولكن الهيئة المصرية العامة للطيران المدني لن تتعاقد مع موظفين لدى صاحب الامتياز حتى تاريخ تسليم المطار وأثناء فترة الانتقال سيكون كل طرف مسئول عن نفقاته الخاصة به.

نقل الملكية : الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وصاحب الامتياز سيتفقان بصفة مشتركة على تاريخ وزمن محدد لعملية التسليم النهائي للمطار ،تاريخ وزمن تسليم المطار يجب أن يقعا خلال الأيام السبعة السابقة لانتهاء تاريخ الاتفاق في الوقت والتاريخ المحددين،كافة المسئوليات التي ظلت باقية طرف صاحب الامتياز يجب أن تنتقل بكاملها إلى الهيئة دون انتظار ما لم يتم الاتفاق على ذلك بصفة مشتركة .. عندئذ سيقوم صاحب الامتياز بإخلاء كافة المنشآت فورا.

المستندات التي تنقل عند تسليم المطار : العربات والمعدات والتركيبات ذات العمر الفني المحدود يجب أن يكون أداؤها على الأقل بنسبة ٥٠% المؤهلات الفنية وحالة التدريب الذي تلقاه الموظفون يجب نقلها لهيئة الطيران المدني.

كافة سجلات الموظفين والإداريين وسجلات التشغيل وسجلات الإحصائيات يجب أن تكون محدثة حتى الوقت الحاضر وكاملة ويجب أن تنقل للهيئة- العمليات المحاسبية يجب أن تكون مكتملة بطريقه تسمح بإغلاق متوسط للدفاتر أي تعطى الربح الواضح وبيان بالخسارة وأيضا صورة الميزانية.

كافة العقود من الباطن والعقود الرئيسية الخاصة بالصيانة والتوريد والخدمات الخ.. والسارية حاليا بالنسبة للمطار.

ستقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإصدار شهادة قبول نهائي خلال ٩٠ يوما من التسليم أو خلال ٩٠ يوما من إتمام أي من الأعمال المعلقة التي تظهر خلال إجراءات التسليم .

هذه الشهادة يجب أن تعفي صاحب الامتياز من أي التزامات وأيضا من أي قيود وضمانات.

الحالة الثانية :الإنهاء بسبب القوة القاهرة :

تنص المادة (١٢) من العقد" للمالك أن يختار إنــــهاء الاتفــاق نتيجــة القــوة القاهرة وعليه أن يعوض الملتزم عن ما لحقه من خسارة من جــراء ذلـك الإنــهاء ،وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أي أطراف يكون قـــد لحقـها ضرر من جراء ذلك وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافـــة حقوقــه علــى هــذا المشروع قبل الغير.

هذا وقد تناولنا في الباب الثاني دراسة حق الملتزم في التعويض ومداه فــي عقد الامتياز والامتياز بنظام الـ*B.O.T.*.

••••••••

أولا : الامتياز في مرحلة النظام الاشتراكي (القطاع العام) : [571]

تناول أستاذنا العميد الدكتور /الطماوى تقدير الالتزام بالقول " أن الالتزام وسيلة من وسائل الرأسمالية في الإدارة لتسيير المرافق العامة " ، ولهذه الوسيلة مزايا تنحصر:

١)تمتاز هذه الوسيلة بتحررها إلي حد كبير من قيود الإدارة المباشرة وتعقيدها وما تستتبعه من بطء شديد لأن الملتزم وهو شخص خاص سيتبع طرق القانون الخاص في الإدارة .

٢)تخفف هذه الوسيلة أيضا عن عاتق الإدارة، إذ تعفيها من إدارة بعض المرافق فتتفرغ لغيرها من المرافق الإدارية كما أنها ترفع عن كاهل الميزانية النفقات اللازمة لإدارة مثل هذه المشروعات.

٣)هذه الوسيلة تجعل المرفق بمنأى عن السياسة ، فلو تولت الإدارة بنفسها استغلال هذه المرافق لأضرت تحت تأثير الاعتبارات الانتخابية. إلي أن تغدق علي عمال المرفق، مما يسبب في النهاية خسارة كبيرة ، كما أنها قد تعمد إلي توظيف عدد كبير من الأفراد لا يكون المرفق بحاجة إليهم كما هو الملاحظ في الإدارات الحكومية، وهذا يرهق المرفق والميزانية معا.

٤)في هذه الوسيلة ينفق الملتزم مبالغ طائلة لإعداد المرفق وإدارته ولا يديره إلا مدة محدودة، ينتقل المرفق في نهايتها بكل أدواته إلي الإدارة فإذا ما أحسنت استغلاله عاد عليها ذلك بالربح ، واعتبر موردا جديدا لميزانية الدولة.

وبالرغم من المزايا السابقة ـ فقد تعرض "الالتزام" للنقد الشديد إثر التحول إلي النظام الاشتراكي إبان القرن العشرين بأن الملتزم- فردا كان أو شركة ـ شخص يسعى إلي الربح، وهو في سعيه هذا يلجأ إلي مختلف الوسائل برفع قوائم الأسعار، أو خفض نوع الخدمة التي يؤديها حتى يكون له الغنم وحده- ،وإن كان للإدارة والأفراد حق التدخل و المراقبة. فمن العسير أن تباشر الإدارة رقابتها علي الوجه

---

[571] ولمزيد من التفاصيل أنظر الوجيز في القانون الإدارى – المرجع السابق ص٣٤٠ وما بعدها

الأكمل في مواجهة تدخل أجنبي حين يستخدم في عقد الامتياز رأس مال أجنبي "، ويزيد من خطورة الحال أن الملتزم و هو يدير مرفقا عاما مدة طويلة يتمتع بسلطات واسعة، و هذا ينال من سيادة الدولة.

ومن ناحية أخرى فالالتزام طريقة من طرق الرأسمالية في الإدارة تبغضها الدول الاشتراكية التي لا تستعمل الامتياز إلا في إدارة المرافق الاقتصادية قليلة الأهمية ،كتوريد النور.. الخ أما بالنسبة لاستغلال المرافق الاقتصادية الهامة. فيتم ذلك إما عن طريق الاستغلال غير المباشر أو الاستغلال المختلط أو التأميم .

ثانيا : الامتياز في مرحلة نظام الحرية الاقتصادية (الخصخصة):

إن تقدير الالتزام في هذه المرحلة كان موضع دراسة أ.د./سعاد الشرقاوى في مؤلفها "القانون الإداري وتحرير الاقتصاد "بعنوان (نقلة حضارية بأساليب جديدة لتحرير الاقتصاد) قائلة (٥٧٢) :" إن أعظم ثروات مصر غير مستغلة بل ومهددة وكل من يركب الطائرة مغادرا مصر أو قادما إليها يلاحظ أن ٩٥% من الأرض صحراء جرداء .بينما نحن مكدسون بمساكننا ومصانعنا ومصالحنا الحكومية وغير الحكومية حول النيل نكاد نختنق ،بينما الصحراء شاسعة، و فيها متسع للكثير بما مؤداه أن الحلول المطروحة لمشاكلنا المعاصرة تحتاج إلى مزيد من البحث للخروج من أزمتنا الحالية ومواجهة العجز عن استغلال طاقات هائلة من أراض ومياه و أيد عاملة وأموال مختزنة أو مهربة وأفكار قليلة.

أما الخصخصة فهي عملية تهدف إلى بيع شركات القطاع العام بعد إجراءات تحويلها إلى شركات قطاع أعمال عام للحد من الفساد ، و أملا في إدارة هذه الشركات إدارة رشيدة وعدم تحميل خزانة الدولة عبء مشروعات خاسرة، وهذه العملية -على أحسن الفروض- ستؤدى إلى تفادى نتائج سلبية بينما المطلوب في المرحلة القادمة إضافة مشروعات جديدة

من أجل ذلك ينبغي أن تكون نقطة البدء في هذا السبيل توفير مناخ مناسب لاستغلال طاقات غير مستغلة باتخاذ ما يأتي:

(٥٧٢) انظر مؤلفها "القانون الإدارى وتحرير الاقتصاد" – ١٩٩٤ ص٣٠٩ وما بعدها دار النهضة العربية –القاهرة .

* *مراجعة القوانين التي تعوق العمل المنتج وتحريك رأس المال* في مرحلة الحرية الاقتصادية، وذلك يضع عاتق السلطة التشريعية مهمة تنقية التشريعات من كل ما يتعارض مع اقتصاد السوق *وهذا يستلزم*:

١)إلغاء تشريعات لم تعد مناسبة للسياسة الاقتصادية المتبناة .

٢)عدم اللجوء إلى أسلوب تعديل القوانين تعديلا جزئيا بحيث يتواجد بعض القديم مع الجديد مما يجعل المناخ القانوني غامضا ومربكا فالتعديل يجب أن يكون بإلغاء القانون القديم كلية وإصدار تشريع جديد روحا ونصا.

٣) أن تتأكد الحكومة مليا -من واقع حساب التكلفة الاقتصادية-بأن العائد المتوقع لكل قانون أعلى بكثير من تكلفة إصدارة .

* *ضرورة إشراك القطاع الخاص* لإنشاء مرافق جديدة و إدارة مرافق قائمة عن طريق توفير إطار قانوني يمكن هذا القطاع من استغلال أراضى الدولة التي تبلغ مساحتها ٩٥٠٠٠٠ كيلو متر مربع وفقا لوسيلة ورد النص عليها في الدساتير المتعاقبة . لكنها منسية فقد أغفلناها زمنا طويلا -*وهي عقد التزام المرافق العامة* فذلك هو الحل الذي سينقذنا ويخرجنا من متاهة جديدة نحن على وشك الوقوع فيها . وبهذا الأسلوب يمكن إحداث تغييرات جغرافية وحضارية هامة بحفر ترع جديدة وعمل بحيرات صناعية واستغلال بحيرة السد العالي وإنشاء مدن جديدة واستغلال الثروات المعدنية وإنشاء شبكة مواصلات واتصالات متقدمة.

ويتميز عقد الالتزام عن الخصخصة و الاقتصاد المختلط و المؤسسات العامة بمزايا عديدة ذلك أن الالتزام :

١)لا يكلف الدولة عبء القيام بإنشاءات جديدة ثبت أن تكلفتها بأساليب الدولة كانت أعلي بكثير عندما يتولاها الأفراد أو الشركات الخاصة .

٢)لا يحمل الدولة عبء خسائر المشروع ، إذ تحصل الدولة من مرفق الامتياز على عائد ثابت.

٣) أن الامتياز يسمح بارتياد آفاق جديدة وذلك باستغلال أراض وإنشاء مدن ذات طابع متميز وتحريك رؤوس أموال وتشغيل أيد عاملة.

٤)يمكن أن يعهد إلى الملتزم بإدارة مرافق المياه و الصرف الصحي و الكهرباء الحالية دون بيعها بخسارة .

٥)يمكن أن يعهد إلى الملتزم بإدارة الحدائق العامة و المتنزهات وهي في حالة متردية وسيتمكن الجيل الجديد الذي شاهد العالم بحدائقه الجميلة فيسهم بفكرة وخيالة وعلمه في تطويرها .

٦)ستظل الأرض و منشات الالتزام مملوكة للدولة تعود إليها في نهاية مدة الالتزام وهذا مكسب لا يتحقق في حالة الخصخصة .

فعقد الالتزام سيضع حلا ولا خطر من أن يكون الملتزم أجنبيا طالما أن مده العقد محدده يعود مرفق الامتياز بأرضة و منشأته للدولة. وقد ضمنت عائدا ثابتا لفترة الالتزام ، وقام الملتزم خلالها بإقامة منشآت تؤدى إلى تنمية اقتصادية فعالة ونقل مصر نقلة حضارية .

ثالثا : مرحلة نظام العولمة (امتياز الـ B.O.T.) : [٥٧٣]

ناقش المؤتمر الدولي المنعقد بالقاهرة عام٢٠٠١ أهمية المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* – و قد أعلن الدكتور رئيس مجلس الوزراء في المؤتمر بأنه لا توجد قيود علي حركة رؤوس الأموال أملا في زيادة عدد المشروعات الاستثمارية لزيادة القيمة المضافة للاقتصاد القومي ، وأنه لابد من إصدار تشريع خاص لنظام الامتياز وفق آلية *B.O.T.* ،وبمسئولية الدولة عن تحديد أسعار الخدمات بحيث تتمشى مع مستوى محدودي الدخل من المواطنين .[٥٧٤]

---

[٥٧٣] أنظر تقرير حول أعمال المؤتمر الدولي عن المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* المنعقد بالقاهرة في فندق كونراد انترناشيونال يومي ٢و٣ ذو القعدة ١٤٢١هـ الموافق ٢٧و٢٨ يناير ٢٠٠١م .

[٥٧٤] شارك في هذا المؤتمر الدولى السادة الدكاترة /وزير المالية ، وزير الكهرباء والطاقة ، وزير النقل ، رئيس البنك الإسلامي للتنمية ،وكذلك ممثلين عن القطاعين العام والخاص في الدول العربية و الإسلامية من قادة كبريات شركات المقاولات ، والطاقة ، والاستشارات الهندسية ، والمصارف ، ومؤسسات التمويل ، وشركات التأمين العربية والدولية ، وغيرها من الأجهزة و المؤسسات العاملة في نطاق البنية التحتية في مصر والدول العربية

وقد أثري السادة المشاركون في أعمال المؤتمر بخبراتهم و تجاربهم حول موضوع المؤتمر في المجالات المختلفة ،علي مدار تسع جلسات في يومي انعقاد المؤتمر في الموضوعات الآتية[٥٧٥]:

*الأبعاد التعاقدية في مجال الـ*B.O.T.*

*ملاءمة أسلوب الـ*B.O.T.* لتنفيذ مشاريع البنية التحتية.

*الجوانب الشرعية في العقود و المعاملات المالية لأنظمة الـ*B.O.T.* .

*أساليب تمويل مشاريع الـ*B.O.T.* المحلية والخارجية.

*التأمين ضد المخاطر السياسية و التجارية في مشاريع الـ*B.O.T.* .

*دور الاستشاريين في مشاريع الـ*B.O.T.*

*دور البنك الإسلامي للتنمية في مجال البنية التحتية.

وقد أجمع السادة المشاركون علي تعاظم أهمية استخدام أسلوب الـ*B.O.T.* في تنفيذ المشروعات في المجالات المختلفة، وبصفة خاصة في مشروعات البنية التحتية للدول النامية وما يحققه ذلك من مزايا لكل من الدولة المضيفة والشركة صاحبة الامتياز:

بالنسبة للدولة المضيفة:

*نقل أعباء تمويل تنفيذ مشروعات البنية التحتية إلي عاتق القطاع الخاص مما يسمح للدولة بإنشاء ومواصلة حركة التنمية دون تحميل موازناتها أعباء مالية مباشرة أو الالتجاء إلي الاقتراض الداخلي أو الخارجي.

*يساعد الدولة علي توجيه مواردها العامة إلي القطاعات الاجتماعية و الخدمية مثل قطاع التعليم والصحة .

*إتاحة فرصة الاستثمار أمام القطاع الخاص.

*توفير العملة الأجنبية من خلال مشاركة القطاع الخاص الأجنبي في المشروعات .

*توفير فرص عمل جديدة أخذا في الاعتبار طول فترة الإنشاء والتشغيل.

---

[٥٧٥] تجربة مصر في إنشاء محطات الكهرباء ، وفي إنشاء المطارات ، وفي إنشاء محطات المياه وفق نظام الـ*B.O.T.*

•جلب التكنولوجيا الحديثة و الخبرة الفنية التي تحــرص شــركة المشــروع علــي استخدامها لتحقــيق الفاعلــية و السرعة اللازمة لإنشاء المشروع.

•رفع كفاءة التشغيل ورفع مستوى خدمات البنية التحتية لما يتوافــر لــدى القطــاع الخاص محليا وخارجيا من إمكانات مالية وفنية وإدارية حديثة.

• تنشيط سوق المال نتيجة لجوء شركــات المشروع إلي مصادر تمــويل متعــددة منها طرح أسهــم وسنــــدات.

•الإسهام في نقل مخاطر تنفيذ و تشغيل هذه المشروعات من الدولــة إلــي القطــاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الدولة .

بالنسبة للشركة صاحبة الامتياز :

•تحقيق العديد من العوائد المالية والفنية و الاستثمارية.

•سداد القروض الخاصة بتمويل المشروع وفوائدها من الإيرادات المستقــبلية التــي يدرها تشغيل المشروع .

•توزيع المخاطر علي الأطراف المنفذة للمشروع نتيجة و جــود ترتيبــات تعاقديــة متعددة وليس عقدا واحدا.

هذا وقد أسفرت الآراء والمناقشات خلال جلسات المؤتمر عن توصية المشاركين بما يأتي :

أولا: ضرورة توفير دراسات الجدوى اللازمة للتحقق من أن تنفيذ هذه المشروعات يتيح مزايا تكنولوجية واقتصادية ومالية واجتماعية ذات مردود عال يتمثل في خلق فرص عمل جديدة،و تدريب العمالة علي التكنولوجيا الحديثة.

ثانيا : وضع ضوابط عامة تنظم مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية التحتية بما فيها المشروعات الممولة بنظام الـ*B.O.T.* بما يكفل وضوح الأحكام المطبقة عليها بدءا من اختيار شركة المشروع و التعاقد معها، و مرورا بتنفيذ المشروع وتشغيله، ثم نقل أصول المشروع إلي الدولة عند نهاية مدة الالتزام .

ثالثا : أهمية توفير عناصر الخبرات الفنية و المالية و القانونية و التعاقدية لدى الجهات الإدارية المختصة للاضطلاع بالمهام اللازمة لمواجهة المراحل المختلفة في مجال إنشاء وتنفيذ مشروعات الـ *B.O.T.* وأهمية إسهام مؤسسات التمويل الدولية في إتاحة الدعم اللازم لتدريب تلك العناصر لما في ذلك من مردود إيجابي علي كافة الأطراف المعنية.

رابعا : العمل على استخدام أسلوب التمويل بنظام *B.O.T.* بما من شأنه تحديث مشروعات البنية الأساسية القائمة فعلا وفقا لما تمليه المصلحة الاقتصادية والتطور التكنولوجي .

خامسا : الاستعانة بالخبرات والشركات الاستشارية لدراسة الجدوى وإعداد وثائق المشروع وتقييم العروض واختيار شركة المشروع ومتابعة التنفيذ على أفضل وجه.

سادسا : تضمين شروط الطرح بما يكفل تعظيم نسبة المكون المحلي في المشروع مع أهمية توفير المعلومات الكاملة عن طاقات الإنتاج المحلي.

سابعا : أن يكون تمويل المشروع لاحتياجاته من العملات الأجنبية من مصادر خارجية فلا يؤثر ذلك على سوق الصرف .

ثامنا :مراعاة تحقيق تناسب مدة الامتياز والفترة اللازمة لاسترداد المال المستثمر.

تاسعا: مراعاة التوازن في منح الحوافز المناسبة للمستثمرين، خاصة ***بالنسبة للمشروعات ذات العائد غير المجزء، أو التي يرتبط تشغيلها ببعض المخاطر .***

عاشراً: أهمية توفير حزمة من المساندات الحكومية التنظيمية و القانونية تشمل قابلية عوائد شركة المشروع للتحويل بالعملات الحرة، *وضمان حماية الاستثمار الأجنبي وغير ذلك من العوامل التي تساعد في تهيئة المناخ المناسب لجذب المستثمرين والممولين لتنفيذ مشروعات الـ B.O.T.*

حادي عشر : التحقق من قيام شركة المشروع بتوفير التمويل المناسب طوال مدة تنفيذ المشروع وبأقل التكاليف الممكنة ، و توافر كافة الضمانات لجميع أطرافه أخذا في الاعتبار حقوق المقرضين و التدفقات النقدية دون إغفال السياسة الربحية التي تكفل العائد المناسب لشركة المشروع.

*ثاني عشر :*التحقق من إمكانية تنفيذ المشروع بأحدث التكنولوجيا وتأمين الاستفادة بما يستجد من تطورات مستقبلية في هذا الصدد .

*ثالث عشر :*تضمين شروط التعاقد الالتزام بتوفير أعمال الصيانة المطلوبة طوال مدة الالتزام بما يضمن نقل المشروع إلي الدولة بعد انتهاء مدة العقد بحالة جيدة ، فضلا عن ضمان حقوق المستفيدين من المشروع .

*رابع عشر :*أهمية توافر التأمين اللازم و الضمانات الكافية لدى مؤسسات التأمين المتخصصة بما يكفل مواجهة أية مخاطر ترتبط بمراحل إنشاء وتشغيل المشروع.

خامس عشر :تضمين وثائق المشروع تحديدا واضحا لعلاقات وحقوق والتزامات أطرافه مع تحقيق "الشفافية" المتطلبة في هذا الشأن.

*سادس عشر :*تضمين وثائق المشروع السبل المناسبة التي يتم اللجوء إليها لفض ما قد ينشأ من منازعات حول المشروع.

سابع عشر : الإعلان عن المشروعات المستقبلية في الوقت المناسب و بالوسائل المختلفة لإتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من المستثمرين بالداخل وبالخارج للتعرف عليها وإجراء الدراسات اللازمة لتقديم عروضهم عنها حال طرحها.

ثامن عشر : أهمية تحديد كيفية المواجهة الاقتصادية لالتزامات الدولة المضيفة مثل فروق أسعار المدخلات المحلية عن الأسعار المحددة وقت التعاقد ، وكذا فروق أسعار الصرف طوال أجل الامتياز ، *وقد تكون إحدى آليات التغطية إنشاء صندوق موازنة يمول أساسا من العوائد التي تزيد عن معدل عائد اقتصادي مناسب.*

تاسع عشر: أهمية تحديد آلية لموازنة فروق الأسعار الاجتماعيـــة عـــن الأســـعار الاقتصادية التي شملها التعاقد ، و قد تكون سياسة التمييز السـعرى وفقـا لشـرائح وأنماط الاستهلاك إحدى آليات التوازن.

عشرون :أهمية مراعاة الأثر علي ميزان المدفوعات في الأجل الطويل بالنسبة لكـل مشروع منذ إنشائه و طوال فترة تشغيله حتى إعادة نقل ملكيته إلي الدولة.

واحد وعشرون :التخطيط لتحفيز إقامة تحالفات بين بنوك وشركات الاستثمار وبين بيوت الخـبرة و الشركات الاستشارية وشركات الإنتاج، و المقاولات المحلية للتقـدم بعروضها فيما يطرح من مشروعات الــ*B.O.T.*

ثاني وعشرون :توفير قاعدة معلومات متكاملة تشمل الطاقات المتاحة للمشـروعات المنفذة، وكذا المشروعات المستقبلية في المجالات المختلفة.

*****

الخـــاتمـــة

LA CONCLUSION

الخاتمة

LA CONCLUSION

من الثابت أن عقد امتياز المرفق العام هو أشهر العقود الإدارية المسماة ، وأنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة خاصة وفق آلية نظام الـ *B.O.T.* – بعد أن تحول العديد من الدول بخطوات واسعة آخذة بالمنافسة الحرة إثر انهيار النظام الاشتراكي ،،، سواء أكان ذلك عن رغبة منها ، أو لضرورة ملحة ، فمن غير المستطاع الحياة في عزلة بعيدا عن الآخرين.

ومنذ نشأ عقد الامتياز "وليد فكرة المرفق العام " وتحكمه القواعد والمبادئ والأصول العامة المستمدة من الأحكام القضائية الصادرة في شأن المرافق العامة ، ويظل هذا العقد موصولا في الخضوع لتلك الأحكام ، لعدم وجود تشريع إداري شامل ينظم هذا النوع من العقود ،،، ولهذا تضمنت خطة البحث دراسة مفهوم عقد امتياز المرفق العام وتطوره بكل من فرنسا ومصر في باب تمهيدي ، وتطور أحكام العقد في مراحل إبرامه وفى آثاره وانقضائه من خلال ثلاثة أبواب رئيسية .

ونوجز في هذه الخاتمة أهم ما أسفر عنه البحث من نتائج ومقترحات في ثلاثة بنود :-

البند الأول: مفهوم عقد امتياز المرفق العام وتطوره في كل من فرنسا ومصر.

البند الثاني: أحكام عقد امتياز المرفق العام و الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في مجال الإبرام والآثار والانقضاء.

البند الثالث: أهمية عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* وآثاره الاقتصادية والمالية ، مشفوعة بـ: تقدير وسيلة الامتياز في مصر ،،،وأهم المقترحات الجديرة بالنظر في مجال التطبيق العملي لمشروعات الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

البند الأول : مفهوم عقد الامتياز وتطوره في كل من فرنسا ومصر

من الثابت أنه في مستهل القرن التاسع عشر ، قامت الدولة بنفسها أو عن طريق الهيئات أو المؤسسات العامة بإنشاء مشروعات مرافق عامة ، بهدف تأمين حاجة الجماهير من الخدمات تحت مظلة فكرة المرفق العام٠٠٠ وكثيرا ما عهد الحكام بمهمة إدارة تلك المشروعات إلى أشخاص من القطاع الخاص تحت إشراف ورقابة الحكومة لتقديم الخدمات لجماهير المنتفعين بها مقابل رسم محدد ، بموجب عقد يبرم بين الإدارة والملتزم وفق نظام يضع الطرفان قواعده وأحكامه، واصطلح على تسمية ذلك التزام (أو امتياز) المرفق العام.

وقد تطورت أداة منح الامتياز عبر مراحل زمنية ثلاث:

المرحلة الأولى: كان الرأي السائد فيها أن "الالتزام وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز ، بما لها من ولاية آمرة " حيث كانت الدولة تختلط بشخصية الملك إذ تمتد إليها حصانته ، وكان الالتزام في هذه المرحلة يتم بمنحة من السلطان وحده. (٥٧٦)

وفي عام ١٨٩٢ تولى مجلس الدولة الفرنسي مهام اختصاصه فكان له دور أبعد مدي وأجل أثرا بما أصدره من أحكام وقرارات ، أكسبت عقد الامتياز صفة العقد الإداري بعد أن كان عقدا مدنيا ،،، وتبني المشرع الفرنسي بنصوص واضحة ما أرساه مجلس الدولة في أحكامه وقراراته من مبادئ وقواعد ونظريات ، وبهذه المثابة يوصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي.

المرحلة الثانية :حدث تطور جذري في النظام الأساسي للدولة بصدور دستور ١٩٢٣ في مصر ،،، وبمقتضاه انتقلت الدولة نقلة نوعية فأصبحت دولة

(٥٧٦) في هذه المرحلة كان الالتزام يتم بمنحة من السلطان فإرادته ماضية لا قيد عليها ، ويعد امتياز قناة السويس الممنوح من الحاكم عام ١٨٥٤ بداية لتدخل أجنبي سافر في شئون البلاد وسيادتها ، نتيجة لتصرف حاكم مستبد وسلبية شعب مستكين والحقوق لا تعطى إلا لمن يطلبها ويدافع عنها ، بل ويناضل من أجلها.

مؤسسات قوامها سيادة القانون ، واختص البرلمان وحده بسلطة منح الامتياز بحيث يصدر المنح بموجب قانون وإلى زمن محدد .

ثم بزغت حياة قانونية جديدة ازدانت بإنشاء مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦ ، توجها المشرع بصدور القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ، و القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الذي قضي بأن التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صبغة اقتصادية ، وهذا العقد تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص لاستغلال المرفق مدة معينة من الزمن.

وتولي مجلس الدولة المصري دوره البارز بخطي ثابتة وتطور محمود منذ البداية ، فأرسي العديد من المبادئ العامة التي أقام عليها قضاءه وفتياه ، مقتديا بمنهج نظيره الفرنسي ، كما نهض علماء الفقه والقضاء بترتيب الأحكام والتعليق عليها بالرأي ، وردها مع التشريعات الإدارية إلى أصول وقواعد علمة ، فصار المشتغلون في مجال القانون الإداري يقفون على مواده ومصادره ، بفضل التعاون بين المشرع والفقه والقضاء في مجال الاجتهاد والتقنين(٥٧٧).

ولقد تزامنت هذه المرحلة مع صدور قوانين التأميم في الخمسينيات والستينيات من القرن العشرين ، والتي أمتد أثرها إلى استرداد مرافق الامتياز وإدارتها بالطريق المباشر،،، وما لبث أن انحصر تطبيق الامتياز في نطاق ضيق ، وتكاد تنحصر تطبيقاته في مصر عبر سنوات التحول الاشتراكي فقط في استغلال بعض موارد الثروة وأهمها المنتجات البترولية .

(٥٧٧) تطور الفكر القانوني في مجال الاجتهاد والتفسير إلى أبعد مدى ،وتجسد ذلك على سبيل المثال في العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا بإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلا لتقرير قواعد عمليه يقتضيها عدل الله ورحمته . مـوده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية . إذ هي غير منغلقة على نفسها، ولا تضفي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، وطالما أن الاجتهاد والتفسير حق لأهل الاجتهاد. فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولى الأمر ينظـر في كل مسألة مستعينا بمن يفقهون دينهم، ويجوز له أن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة ، ذلك بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله – مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة . هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها ،، و في هذا السياق تشمل كلمة "القضاء" " القضاء الواقف" الذي ينير للقضاء الجالس حقيقة الواقع وصحيح كلمة القانون العليا ، وهم أولئك الرواد الكبار والأسوة الحسنة من رجال الفقه والقضاء الذين عظموا بأدائهم وأثروا بفكرهم محراب العدالة بما خلفوه من تراث يشهد لهم ، ونحن بعون الله وعلى آثارهم نسير ، واعترافا بفضلهم ندعو الله العلي القدير أن يجزيهم عنا أحسن الجزاء

المرحلة الثالثة: **تزامنت هذه المرحلة مع انهيار النظام الاشتراكي وتحـول العديد من الدول بخطوات واسعة آخذة بالاقتصاد الحر ، وكـان الامتياز بنظام الـ .B.O.T قد ظهر في بداية الثمانينيات من القرن العشرين ،،، وتعاظم دوره وفق آليته الجديدة حتى بات أنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة.**

وحينذاك تفاقمت أزمة الديون ، وفيها عجزت مصر شأن بعض الدول عن تدبير الأموال اللازمة لتمويل حاجتها الماسة لتجديد مرافق البنية الأساسية القائمة ، وأيضا لسد احتياجاتها الضرورية والمتزايدة في مجال إنشاء مشروعات البنية الأساسية الجديدة ،،، ثم انتهي بها المطاف إلى اختيار الامتياز بنظام الـ.B.O.T باعتباره الوسيلة المناسبة في هذا المضمار،،، ومن أجل ذلك صدر تنظيم منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والعرب الأجانب بالقوانين أرقام ١٠٠ ، ٢٢٠ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧، ٢٢ لسنة ١٩٩٨.

واستنادا إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة، أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨بمنح امتياز إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة ثلاثة مطارات بنظام الـ.B.O.T لثلاث شركات مصرية تأسست لهذا الغرض ويخص القرار الأول شركة إيماك مرسي علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية" <u>فكان هذا أول عقد امتياز يمنح بعد التأميم.</u>

وتنص المادة الخامسة من القانون رقم ٣ المشار إليه بأن : " يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها- وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء" ،،، وبناء على هذا القانون ، <u>أصبح مجلس الوزراء صاحب الاختصاص قانونا بمنح الامتياز بنظام الـ .B.O.T وتحديد شروطه وأحكامه</u> .

وبذلك فإن تقديم اقتراح بالمشروع المراد إنشاؤه بنظام الـ .B.O.T مشروط بإجراء دراسات جدوى اقتصادية متأنية ، وشاملة لمختلف الجوانب الفنية والمالية والاجتماعية والقانونية للمشروع ، سواء في مرحلة التخطيط لإنشاء المشروع ابتداء ، أو في مراحل إجراءات طلب التأهيل ، وتقديم العطاءات ، وفحص وتقييم العروض

المقدمة في شأنه ، لاختيار صاحب العطاء الأفضل والتفاوض معه ، تمـهيدا لعـرض اقتراح الوزير المختص على اللجنة الوزارية ، ومن ثم العرض على مجلس الـوزراء لاستصدار قرار المنح (٥٧٨)

وإنه بمتابعة مراحل المفاوضات بين وزارة الإسكان والشركة المصريـة الكنديـة صاحبة العطاء الأفضل ، والمرشحة لتنفيذ مشروع مد المنطقـة الصناعيـة بشـمال غرب السويس بالمياه وفق نظام الـ *B.O.O.T.* والبالغ تكلفته التقديرية ما يزيد عـن المليار جنيه ،،، تبين أن اقتراح وزير الإسكان قد أعيد من مجلس الوزراء لإجـراء تفاوض ثان مع هذه الشركة ، لتحديد الشروط القديمة مع التعديلات التي تمت أثنـاء التفاوض ، والاختلاف بينهما والآثار المترتبة عليها ،،، إلا أن الطرفين لم يصلا إلـى اتفاق حول حجم الطاقة المنتجة وتوزيعها بأسعار مناسبة لذوي الدخل المحدود.

وهكذا يطول زمن الإجراءات على هذا النحو وينتهي الأمر ، إما إلى صدور قـرار منح الامتياز لصاحب العطاء الأفضل أو عدم صدوره ،،، ويقينا أن اجتياز الإجـراءات على نحو ما سبق بما صاحبها من وضوح وشفافية ، هو السـبيل الآمـن والتنفيـذ الصحيح لشرط لازم في القانون ، كما يعد دليلا على سلامة قرار منـح الامتيـاز أو رفضه ، فالإجراءات ليست هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة غايتها الوصول إلـى اتفاق يحمل بين طياته مقومات الرضائية وعوامـل القبـول بيـن كـل مـن الإدارة والملتزم،،، ويبدو ذلك واضحا من خلال حرصهما معا على تـأمين عمليـة إنشـاء وتشغيل مرفق الامتياز ، حتى يؤدي خدماته للمنتفعين به في انتظام واطـراد سـنين عددا تحت مظلة فكرة النفع العام .

ولا وجه لمسايرة اتجاه يرمي إلى تجنب الأحكام الإجرائية فـي مجـال اختيـار المتعاقد في عقد الامتياز ، ويكفي ردا عليه أن نعود إلى ذكرى أليمة ، حين كان منـح الامتياز معهودا به إلى إرادة الحاكم وحده ،،، بما مقتضاه ضرورة اختيار المتعاقد في

---

(٥٧٨) وبطبيعة الحال يتولى تلك المهام مجتمعة أو متفرقة مجموعات متكاملة من ذوي التخصص والكفاءة والخبرة في فحـص وتقييم المشروعات كل حسب نوعه وطبيعة نشاطه وذلك وفق أسس وضوابط ومقاييس ومعايير محددة محلية أو عالميـة، ويعتمد نجاح المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* على مرحلة التأهيل وإعداد دراسات الجدوى الاقتصاديـة والاجتماعيـة بدقة تامة ، وذلك لضمان استبعاد الشركات غير الجادة ، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسـئوليات تمويل إنشاء المشروعات وتشغيلها ، وصيانتها على أكمل وجه طوال مدة الامتياز . فالإسناد لا يصح بناءا على حكـم اختياري أو ضغوط خارجية..

عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* من خلال أحكام إجرائية مستمدة من قواعد عامة مجردة تتسم بالانضباط والشفافية، حتى تكون سندا وحماية في مواجهة رياح المنافسة الحرة عبر دوائر أسواق المال المفتوحة محليا وعالميا .

والحقيقة أن عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* مثله كمثل الوليد ترعاه الدولة ويكفله أبواه يسقيانه لبنا سائغا وشرابا طهورا في ظل مناخ آمن فيشب الوليد يافعا نافعا أهله وذويه حتى انتهاء أجله وتظل ذكراه محمودة على كل لسان[٥٧٩].

---

[٥٧٩] قال تعالى في سورة الرعد (آية ١٧) " فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض كذلك يضرب الله الأمثال"

البند الثاني: أحكام عقد امتياز المرفق العام و الامتياز بنظام الـ B.O.T. في مجال الإبرام والآثار والانقضاء.

إن الملتزم في إدارته لمرفق الامتياز يعتبر معاونا للدولة ونائبا عنها في أمر من أخص خصائصها ومسئولياتها قبل أفراد الشعب ، فهي تتدخل في شئون المرفق العام ، وتفرض على الملتزم عبئا جديدا، أو تعدل من شروط الالتزام واستغلاله وفق مقتضيات المصلحة العامة ، ولكنها لا تستطيع أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بموجب العقد - غير الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين لو ضمنت له الإدارة حدا أدني من الربح ، أو تعاهدت له بسلفة أو بضمان مالي لدى أحد البنوك ، الخ ، وإذا تعاهدت بأن تقصر النشاط على الملتزم فهذا الشرط ملزم ويتعين احترامه.

ويتفق رأى الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، على أن عقد امتياز المرفق العام عمل قانوني من طبيعة مركبة ، يحتوى على نوعين من الشروط فبعض شروطه لائحية ، والبعض الآخر تعاقدية ، وتتولد عن الشروط التعاقدية التزامات تبادلية فيما بين الإدارة والملتزم تحكمها قاعدة " أن العقد شريعة المتعاقدين" ،، أما الشروط اللائحية فهي النصوص القانونية الصادرة بشأن تنظيم أعمال المرفق العام وسيره ، وهذه الشروط تحكم التزامات الملتزم كما تحكم حقوق والتزامات "الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم ليسوا طرفا فيه.

والحقيقة أن الطبيعة القانونية لعقد الامتياز تستمد كيانها من أصل عام ذي محاور رئيسية ثلاثة تدور معا في فلك واحد نحو هدف واحد هو تحقيق النفع العام

<u>المحور الأول :</u> أن التزام أحد طرفي العقد يمثل حقا للطرف الآخر في نفس الوقت ،،، وأن التزامات كل من الطرفين وحقوقهما ، هما وجهان لعملة واحدة - <u>الوجه الأول</u>- يخص الإدارة وهى الطرف الأصيل في العقد ، - <u>والوجه الثاني</u> - يخص الملتزم بوصفه معاونا ونائبا عن هذا الأصيل ،،،، <u>والوجهان على هذا النحو يلتقيان في المسار ، ويقفان جنبا الى جنب يدا واحدة تسعي ، غايتها في المقام الأول سير المرفق العام بانتظام واطراد لخدمة المنتفعين به تحت مظلة فكرة النفع العام.</u>

<u>المحور الثاني:</u> ينطوي أيضا على وجهين -<u>الوجه الأول</u>- أن التزام المتعاقد في عقد الامتياز هو التزام بنتيجة ، وليس مجرد بذل عناية ، مما يخول الإدارة سلطة

واسعة في مجال الإشراف والرقابة والتوجيه وفى تعديل العقد وإنهائه وفـى توقيـع الجزاء الذي يصل أحيانا إلى حد توقيع عقوبات جنائية ويتمثل الوجه الثاني في الأخذ بفكرة الرضائية أو القوة الملزمة للعقد ، ذلك مما يفـرض علـى الطرفيـن تنفيذ التزاماتهما وفق أحكام القانون وما اشتملت عليه بنود العقد من قواعـد وأحكـام ، وفق مقتضيات حسن النية في المعاملات كما تخضع الإدارة كذلك للجزاء حال تخلفها عن تنفيذ التزاماتها و إن كان الجزاء في حقيقـة الأمر يحمل معني التعويض.

ويجب على الطرفين أن يتخذا سبيلهما في تنفيذ التزاماتـهما وفـق قواعـد وأحكام ومعايير مناطها "التزام المستوى الحدي" الذي يتم من خلاله إحكام الموازنـة بين تنفيذ التزامات المتعاقد بأفضل وجه ، وبين المحافظة على حقوقه الماليـة مـن منظور إدراك الإدارة مليا أن الربح هو الباعث الدافع للملـتزم مـن وراء تعـاقده ، فيسعي المتعهدون في التعامل مع الجهات الإدارية ، دون خشية المسـاس بحقوقـهم المشروعة إبان تعاقدهم معها ، وتحافظ الإدارة بذلك على أنجع وسيلة من الوسـائل المتاحة لديها في مجال تسيير المرافق العامة وتقديم خدماتها للمنتفعين على أفضـل نحو ممكن تحت مظلة فكرة النفع العام.

ولا يعتبر الملتزم صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولـة بمجـرد أنـه يبتغي تحقيق ربح حلال والحصول على الجزاء الأوفى ، والأجر العادل لقاء إخلاصـه وأمانته وحسن قيامه بالعمل،،، وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة ، إلا منـذ اللحظة التي ينحرف فيها عن الجادة ، ويتنكب سبل الأمانة ، أو يحاول الحصول علـى ربح حرام أيا كانت وسائله في ذلك ،، ومن حـق الإدارة أن تفسـد عليـه سـعيه ، فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه المال الحرام .

وفى المقابل لا يجوز أن يتعرض الملتزم لمخاطر ينشأ عنـها زيـادة أعبائـه المالية على نحو يختل معها التوازن المالي لعقده ويصاب بخسارة محققة ، فمن حقـه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم ، ولو لم يكن هناك خطـأ مـن جانبـها تأسيسا على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النيـة فـي المعـاملات *أن يـترك الملتزم فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها* ، وتقتضي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تتوازن العلاقة بين الإدارة والملتزم ، وهما يقودان سفينة في بحر لجي يتعاونـان ويتساندان معا وصولا إلى بر الأمان .

المحور الثالث: أن مبدأ المساواة في عقد الامتياز يتحقق عبر مراحل إبرامه وتنفيذه وانقضائه ، من خلال تعادل الأداءات المتبادلة بين طرفي العلاقة العقدية في الحقوق والالتزامات في كفتين متساويتين في الميزان ، وكذلك " الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم كُثُر ،،، ومن شأن تنفيذ ذلك على سواء بينهم أن يصير تأمين سير مرفق الامتياز في أمان طوال مدته تحت مظلة فكرة النفع العام[٥٨٠].

ونزولاً على مقتضى النفع العام يجوز تعديل بعض المبادئ والأحكام أو العدول عنها استجابة لمتغيرات التحول نحو الاقتصاد الحر ، وإعمالاً لقاعدة عامة (أو أصل عام) مفادها أن الثبات أمر يتنافي مع قواعد القانون الإداري خاصة أحكام عقد الامتياز ذي الطبيعة التراكمية ، ولذا تتعرض أحكامه للتغيير أو التطوير في كل حين وفق ضرورات : التحول في النظام السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي ، أو معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي .

والتعديل بهذه المثابة ما هو إلا قواعد عامة مجردة غايتها تحقيق النفع العام من خلال وضع الأداءات المتبادلة لطرفي عقد الامتياز متعادلة في كفتين متساويتين في الميزان وكذلك الغير أولئك الذين تمتد إليهم آثاره وهم ليسوا طرفا فيه ، *آخذين في الحسبان بأن حق التعديل مرهون بظروف وشروط ولأهداف محددة ، فهو وسيلة تتمكن بها الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة ، وتطوير المرفق العام لمواكبتها ويتم توقيع جزاءات على الإدارة إذا خرقت أو خالفت العقد، وتنعقد مسئولية الإدارة التعاقدية في دفع التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت بالملتزم من جراء ذلك*.[٥٨١]

ولقد ظهر واضحاً أثر التغيير والتطوير نحو الاقتصاد الحر ، فأخذت الدولة بعقد الامتياز وفق نظام الـ *B.O.T.* باعتباره أنجع وسائل الرأسمالية في إدارة المرافق العامة،ولما تميزت به آليته الجديدة من تنوع في مجالات نشاطه وتعدد

---

[٥٨٠] يري فقهاء الشريعة الإسلامية أن التوازن والتعادل في الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين غايته حفظ العدل بين الخلق رصون المعاملات عن دواعي الفساد ومنع الغرر فيها وحماية للمتعاقدين من وجود أية شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة العقدية.

[٥٨١] قال تعالي في سورة الرحمن " والسماء رفعها ووضع الميزان ألا تطغوا في الميزان وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان"

صوره ، وإتاحة العديد من الأساليب والتقنيات المبتكرة في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة ، بإنشاء مختلف المشروعات وتشغيلها ، وتأهيلها ، وتحديثها ، وتجديدها ، وتصميمها ، وكذلك إدارتها بعد أن كان منح الامتياز فيما مضي مقصوراً فقط في مجال "إدارة" تلك المشروعات.[٥٨٢]

ثم كان مقتضى الأخذ بمنهج التنمية المستدامه في النشاط الاقتصادي وجوب مراعاة الأبعاد الاقتصادية والصناعية والبيئية من خلال تنفيذ ما تتضمنه النصوص والأحكام لمختلف الشروط والضمانات والمتطلبات ، الكفيلة بحماية البيئة والثروات الطبيعية من التلوث،،، ويصير تحقيق ذلك باستخدام الأدوات والمعدات والوسائل الفنية المبتكرة في مشروعات الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* عند إنشائها وتشغيلها ، على أن يكون صدور قرار منح الامتياز من مجلس الوزراء مُقترناً بتوافر الشروط والضمانات اللازمة لهذا الغرض ،،، *ويتعين على البنوك الاهتمام بتوافر الوسائل الكفيلة بحماية شئون البيئة لدي منح الائتمان لمشروعات الامتياز بنظام الـB.O.T. أو المساهمة في رأس مالها.*

وناصية الأمر أن فكرة النفع العام هي الغاية والقاعدة العامة (أو الأصل العام) التي يبني عليها ، ويستمد منها المبادئ العامة التي تحكم عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ B.O.T. ، ومن مقتضيات إعمال هذه القاعدة العامة أن يتم التحقق من تنفيذ تلك المبادئ العامة في مراحل إبرام عقد الامتياز وفي آثاره وانتهاء مدته ،،، وفيما يلي بيان ذلك:

****مرحلة إبرام عقد الامتياز***

***الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد:**

تناول البحث دراسة كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد الامتياز وكذلك العوامل والاعتبارات التي تفرض علي الإدارة الاعتداد بالاعتبار الشخصي بأن يكون

---

(٥٨٢) انظر في تنوع مجالات النشاط وتعدد صور عقود امتياز المرفق العام وتطورها ص ٣٤، ٤٩ في الباب التمهيدي من البحث ، وإذا كان هناك ثمة تداعيات بسبب أعمال الإرهاب امتد أثرها السلبي على مسيرة التقدم في مجال إنشاء مشروعات الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* . وكذلك على حصيلة إيرادات باكورة مشروعاته العاملة في مجال السياحة والطيران في مصر ،،، فلا يعدو هذا أن يكون مجرد أمر عارض ، ويظل نظام امتياز الـ*B.O.T.* ضرورة ملحة في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية ورفع مستوى الحياة الاجتماعية في مصر.

المتعاقد من بين أولئك الذين تتوافر فيهم عناصر الكفاية الفنية والقدرة المالية وحسن السمعة بدرجة عالية للاطمئنان يقيناً على حسن إدارة مرفق الامتياز ويتأتي للإدارة ذلك من خلال تأكدها في قدرة المتعاقد معها على حمل مسئولية النهوض بالمرفق العام بتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به بانتظام واطراد سنين عدداً.

- كيفية اختيار المتعاقد في عقدي امتياز المرفق العام وامتياز الـ*B.O.T.* :

- الثابت أنه لم يرد في قوانين المناقصات والمزايدات نص يتعلق بكيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد الامتياز ، و طالما أن الهدف هو اختيار أفضل العروض ، وكان إعمال النص كقاعدة عامة خيرٍ من إهماله ، فإن القانون النافذ وهو بمثابة الشريعة العامة في العقود الإدارية ، *يكون أولى بالتطبيق في عقد الامتياز ، إذ الأمر فيه موصول بالنفع العام ومداه .*

والأمر يكون كذلك بالنسبة لعقد امتياز الـ B.O.T إذ يعد قانون المناقصات والمزايدات هو الشريعة العامة الواجبة التطبيق فيما لم يرد في شأنه نص خاص ، طالما أن الهدف هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض وأكفأ المتقدمين لإنشاء المرفق وإدارته وصيانته فنياً ومالياً ، ويتحقق ذلك كله من خلال تطبيق مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ، وفق ما تبتغيه أحكام المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات.[٥٨٣]

وتنص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ : " بأن يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة ".

فهذا المدلول التحديدي لذوي الكفايات الفنية والمالية وبيوت الخبرة العالمية،ولمن تتوفر فيهم حسن السمعة نراه ينسحب- بطريق التلازم المنطقي - بجواز اختيار المتعاقد في عقد امتياز الـ*B.O.T.* بوسيلة المناقصة المحدودة،ذلك أن

[٥٨٣] هذه المبادئ الأربعة تكون ركن المشروعية في العقود الإدارية بصفة عامة ، ومن بينها عقد التزام المرافق العامة ، وبالتالي فإن الإخلال بها هو المدخل لرقابة المشروعية التي يبسطها مجلس الدولة على العقود الإدارية بحيث إذا اختل أحدها كان تصرف الإدارة في ذلك غير مشروع ، وبات لكل ذي مصلحة حالة ومباشرة أن يطعن بإلغاء تصرفها

موضوع هذا النوع من العقود ،إنما يندرج في الحالات التي تتطلب طبيعتها مباشرة أعمال مشروعات ذات طبيعة وأهمية خاصة.

ويتفق هذا التفسير مع نظر جانب من الفقه يري أن عقود امتياز الـ*B.O.T.* تُبرم عن طريق أسلوب المناقصة المحدودة ، وتبين الإدارة في طلبات العروض ماهية المرفق محل التعاقد ، وأبعاده التقنية والاقتصادية والقانونية ، وتخضع هذه العروض لفحص الإدارة والتي عليها إعداد القائمة المختصرة بأسماء المستثمرين القادرين فعلاً علي المنافسة ، وغالباً ما تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها من أجل تقديم عطاء مشترك فيما يعرف باتحاد الشراكة "كونسرتيوم".

* تحقيق مبادئ العلانية والشفافية والعدالة والمساواة في مرحلة الإبرام :

مبدأ العلانية: تبين لنا في مجال التطبيق العملي بشأن اختيار المتعاقد في عقد امتياز الـ*B.O.T.* أن الإدارة قامت بنشر إعلانات الدعوة بطلب التأهيل وطلب العروض في الصحف اليومية واسعة الانتشار في الداخل والخارج ، فضلاً عن توجيه خطابات موصى عليها بدعوة شركات متخصصة،،، وكان سبيلها في ذلك إتاحة الفرصة الكاملة والمتساوية بدعوة كافة المتخصصين وبيوت الخبرة للدخول في منافسة حرة من أجل الوصول إلي أفضل العروض بما يتفق والصالح العام .

مبدأ الشفافية: بات التقدم المتسارع نحو تحسين مناخ الاستثمار في مصر هدفاً منشوداً من أجل جذب البيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار أموالهم وخبراتهم الواسعة في مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية – وتلازم بالتزامن مع هذه الغاية – اتخاذ مبدأ " الشفافية " أسلوباً ومنهجاً في التعامل مع الجهات الرسمية ، بعد أن كان التعامل خلف الأبواب المغلقة منفذاً لضياع المال العام وإهداره بغير حساب ، فزادت تكلفة المشروعات العامة إبَّان تلك الفترة بنسبة ٢٠ % عما هو متاح في الأسواق المفتوحة تلك التي تسود فيها الأعمال بغير ستار وفق آليات المنافسة الحرة.

ومن أجل ذلك ألزم المشرع الفرنسي جهات الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام عقد الامتياز للتأكد من مشروعية الظروف التي تم الإبرام خلالها ، بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها، من خلال السير في دوائر مغلقة بدلاً من سماء مكشوفة ، ولهذا انسحب المشرع رويداً رويداً من نفق السرية

إلي شمس الوضوح ، فرتب حقاً عاماً لكل معنى بمشكلة ما أن يطلب الاطلاع على جميع البيانات المتعلقة بها.

مرحلة المفاوضات: وتقوم المفاوضات في مرحلة الإبرام بدور مرموق في مجال عقود امتياز الـ*B.O.T.* ، حيث ترتكز على التبني الكامل لفكرة الحرية التعاقدية ، بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض ولقد نتج عن الأخذ بهذه المتغيرات ظهور آليات قانونيه مستجدة وإثراء في الصيغ العقدية.

هذا ويجرى التفاوض من خلال تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ، ليكون كل منهم على بصيرة و بيّنه من أمره ، *فيُصدر قراره على الوجه الصحيح*.

والحقيقة أن للإفصاح والشفافية من جانب الإدارة أثر فعال في زيادة المشروعات الاستثمارية الجديدة ، لأن الإحاطة بالمميزات والعقبات التي تواجه المستثمر ، *تُحقق لديه يقيناً احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها* ، وهذا المسلك إنما يُعبر عن التزام الإدارة بتنفيذ مقتضيات " مبدأ حسن النية في مرحلة مفاوضات إبرام عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* "بما من شأنه بث روح الثقة والأمان لدى الملتزم ، وهو معاون للإدارة في النهوض بمسئولية تأدية خدمات مرفق الامتياز لجمهور المنتفعين به بانتظام واطّراد في الحال والمآل .

المساواة بين الإدارة والمتعاقد : إن العلاقة بين السلطة الإدارية والأفراد في فرنسا أصبحت قائمة على أساس من التفاوض والحوار ثم الاتفاق ، وبالتالي تحول مفهوم القرار الإداري من ملامح الأمر والإخضاع ، ليكتسي ثوباً إتفاقيًا قابلاً للتفاوض بغرض المشاركة في تحديد مضمونه ، و التزام الدولة بعدم التدخل في العلاقات التجارية ، وظهور المجتمع الاتفاقى غير المدار .

وقد جسد هذا التحول تطوراً حاسماً في تطبيق مبدأ المشروعية *باستخدام تقنيات تحمل عوامل تشجيع الأفراد وجذبهم نحو اتخاذ المواقف الاقتصادية والاجتماعية المرادة منهم بحرية تامة* ، عن طريق إبرام "اتفاقيات حث" مع هذه الفئة لإقامة المشاريع الصناعية ،يُمنحون بموجبها مميزات وأفضليات مالية

معينة ، كما نفذت الإدارة سياستها التسعيرية بناء على اتفاقات بعد أن فشلت سياسة الفرض بالقرارات السيادية في الفترة ما قبل سنة ١٩٨٦.

فض المنازعات : وقد اتخذ مبدأ العدالة والمساواة بين الإدارة والملتزم سبيله بالاتفاق والتراضي من خلال اختيار وسيلة التحكيم وجهة التقاضي في المنازعات الناشئة بينهما فكان اختيار أغلبية شركات الامتياز بنظام *B.O.T.* لطريق التقاضي أمام محكمة القضاء الإداري صورة معبرةً لما يتمتع به قضاء مجلس الدولة المصري من ثقة في التعامل لدي الأطراف المتنازعة ، بحسبان أن سرعة الفصل في الدعاوى سمة مميزة لأي نظام قضائي الحق محوره والعدل غايته . فكلما أمكن حسم المنازعات دون إبطاءٍ استقر إحساس الفرد بالأمن و الأمان ، وانعكس أثر ذلك بصفة مباشرة في مجال التنمية والاستثمار لاسيما الاستثمار القادم من الخارج .

وأخذاً بفكرة العدالة والتوازن الدقيق في المصالح أيقنت الإدارة في ظل الاقتصاد الحر أن للمتعاقد الحق الكامل *في سلسلة من التعويضات حين يتحمل تكاليف على عاتقة أكثر شدة مما توقعه عند ابرام العقد من منطلق أن الملتزم لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما أقدم على التعاقد بادئ الأمر وبذلك اتخذت الإدارة في مرحلة الإبرام منهجاً جديداً مؤداه وضع مصالح طرفي عقد الامتياز في كفتين متساويتين عن طريق إيجاد تقنية تعاقدية تكفل تنفيذ ضرورات المصلحة العامة في حدها الأقصى "متوازنة" مع متطلبات المصلحة الخاصة للملتزم بطرح مفهوم المساواة على أساس تأمين مصلحة كل من الطرفين معاً سواءً بسواء.*

مبدأ المساواة بين المتنافسين: يستهدف هذا المبدأ إفساح مجال المنافسة للكافة في مجال التعاقد مع الإدارة "كقاعدة عامة" ، ويحد من هذا المبدأ قيدان أولهما: ما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمنافسة ، وثانيهما: ما تتخذه الإدارة من إجراءات وهى بصدد تنظيم أعمال المنافسة باستبعاد بعض الأشخاص لسوء سمعتهم ، أو لعدم قدرتهم الفنية أو المالية في عقد الامتياز ، ويترتب على هذا الإجراء توفير الكثير من الجهد والوقت في لجان الفحص والبت .

**مرحلة آثار عقد الامتياز*

الثابت أن عقد الامتياز من أنجع وسائل الرأسمالية في إدارة المرفق العام،،، و في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* فإن الملتزم يتحمل وحده أعباء وتكاليف إنشاء

مرفق الامتياز وإدارته واستغلاله ،،، وبصفة عامة يقع على الملتزم مسئولية بذل أقصي جهد ومواصلة الحرص الشديد في سبيل أداء التزاماته العقدية التي لا تقف عند حد نصوص عقد الامتياز مهما كان مستوى محدداتها بلوغاً في الدقة فالنفع العام يمثل الهدف الذي تسعي الإدارة إلى تحقيقه بأفضل وجه ، وهو القاعدة العامة التي تبنى عليها أحكام تنفيذ عقد امتياز المرفق العام .

ومن مقتضيات إعمال قاعدة النفع العام الالتزام بمدد التنفيذ وعدم جواز التوقف عنه وكذلك منح الإدارة سلطة واسعة في الرقابة على أعمال التنفيذ والصيانة ، وهي سلطه ثابتة ولو لم ينص عليه في العقد وتظل موجودة طالما وجد المرفق العام ، وأيضاً حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي والحق في تعديل شروط العقد ، وحق الملتزم والإدارة في إحلال التوازن المالي لعقد الامتياز،،، كذلك تحديد حقوق والتزامات "الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وأيضاً التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه ، وعدم جواز تنازله عن العقد ،أو التعاقد من الباطن ، واستمرار التنفيذ رغم وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصي في التنفيذ : وفى مجال التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه يرتكز عنصر الاعتبار الشخصي على فكرة قوامها ضرورة *توافر صفات جوهرية في الملتزم ، تجعله قادراً على الاستمرار في تنفيذ العقد طوال مدته* ، فالاعتبار الشخصي وسيلة غايتها النفع العام ، ولا يعني جهة الإدارة أن يتم التنفيذ المادي للعقد من جانب الملتزم بقدر ما يعنيها مسئوليته الشخصية عن هذا التنفيذ ، ومن ثم يجوز للملتزم بموافقة الإدارة التنازل عن العقد ، أو التعاقد من الباطن مع غيره ، شريطة أن يظل هو المسئول الأول عن تنفيذ عقد الامتياز بأكمله ، مع الحصول على موافقة الإدارة مقدماً على التنازل ، وكذلك التعاقد من الباطن.

احترام مدد التنفيذ : يعد احترام مدد التنفيذ في عقد الامتياز بمثابة ترجمة فعلية لتنفيذ قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وتحرص التشريعات ودفاتر الشروط الملحقة بعقود الامتياز على إيراد نصوص خاصة بمدد التنفيذ وتحديد الجزاءات التي توقع على الملتزم حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته في المواعيد المحددة ، وتعتبر مدة الالتزام من الشروط التي تستقل الإدارة بتعديلها ، ولكن يمتنع عليها أن تسحب

المرفق من الملتزم الأصلي لتمنحه إلى ملتزم جديد قبل نهاية مدته مـــا دام الملــتزم الأصلي يوفي بالتزاماته على أتم وجه .

التوقف عن التنفيذ :لا يجوز للملتزم - كقاعدة عامة- التوقف عن التنفيذ بحجـــة أن الإدارة تخلفت هي الأخرى عن تنفيذ التزاماتها إلا أنه يجوز للطرفين عند التعـــاقد أن يخرجا على هذا الأصل فيجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فـــي هذه الحالة، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامه تأخير ما دامت قد تراخـــت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها .

والحقيقة أن عدم جواز التوقف عن التنفيذ رهن باستطاعة الملتزم الاستمرار فيه ،،، فلا يصح أن يبلغ تراخي جهة الإدارة حدا يعجزه عن الوفاء بتنفيذ التزامـــه ، بمعنى ألا يصل تقصيرها إلى حالة ينشأ عنها استحالة التنفيذ.

رقابة الإدارة على أعمال التنفيذ: تتنوع صور الرقابة على عملية التنفيذ فـــي عقـــود الامتياز فتشمل : الرقابة الفنية ، والرقابة المالية ، ورقابة الصيانة والتجديـــد ، هـــذا ويوجد نوع آخر من الرقابة هو الرقـــابـــة الإدارية بالنسبة لعقـــد الامتيـــاز بنظـــام الـــ *B.O.T.*

وتنصب سلطة رقابة الإدارة وإشرافها في تنفيذ عقد امتياز المرفـــق العـــام بالتزام المستوى الحدي الذي يمكن التوفيق فيه بين اعتبارين أساســـيين أولـــهما: يكمن في الرضائيه بوصفها جوهر فكره العقد وثانيهما: يتمثل في الخصائص الذاتية لعقد الامتياز والدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام في تزويد الإدارة بسلطات واســـعة في مواجهة الملتزم، لضمان السير المنتظم والمستمر لمرفق الامتياز الذي من أجلـــه أبرم العقد.

فالإدارة تمارس رقابتها بالمعنى الضيق في عقد الامتياز للتـــأكد مـــن ســـير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد ، دون أن تتضمـــن توجيـــها أو تدخـــلا فـــي إدارة المرفق يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، فالمادة"٣٠" من دفتر الشـــروط العامـــة لعقود امتياز الاناره في فرنسا تنص على أنه " ليس لموظفي الرقابة التدخل بأي حـــال في إدارة الاستغلال " وتتضمن اتفاقيات الامتياز في قطاع البترول بأن " يراعى ممثـــل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق (حقوق الرقابة) عدم إعاقة عمليـــات المقـــاول ،وهي العمليات الخاصة بالاستغلال ، فالإدارة تراعى دائما المواءمة بيـــن اعتبـــارين

جوهرين هما : كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز ، وأيضاً ضمان سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد من خلال إعمال سلطتها في الرقابة التي تقف – في حقيقة الأمر – عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال.

رقابة الإدارة على أعمال الصيانة : يشكل هذا النوع من الرقابة عنصراً أساسياً في التحقق من سلامة المنشآت والمعدات والأدوات في عقد الامتياز اعتباراً بأن كل شئ له عمر افتراضي ، وكذلك القوى البشرية هي الأخرى *في حاجة ماسة إلى التدريب وتجديد المهارات في ظل التطور التكنولوجي الحديث* حتى يؤدي مرفق الامتياز خدماته للمنتفعين به طوال مدته على أكمل وجه ، *وعلى أن يظل المرفق بعد أيلولته بمنشآته ومبانيه وأجهزته ومعداته في حالة صالحة طوال المدة المنصوص عليها في العقد.*

وفي عقود امتياز الـ B.O.T. تزداد حدود الرقابة وتختلف أهدافها ، نظراً لوجود ممثلين للهيئة المصرية العامة للطيران المدني في مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز ، فالرقابة هنا لا تقف عند حد الإشراف على عملية الاستغلال بل تمتد بالمشاركة في الإدارة والتشغيل وفي صنع القرار من وجهين:

١-أنه بالرغم من حيازة الشركة صاحبة الامتياز على أغلبية في مجلس الإدارة ، إلا أن اعتراض الهيئة المالكة يكون له تأثير فعال من خلال الاشتراك في المناقشات إبان عرض مشروع القرار قبيل مولده في مجلس الإدارة ، ولا ريب أن الشركة تكون حريصة على إمعان النظر والتبصر نحو تلبية ما تراه الهيئة لازما.

٢-يتضح من الأحكام الواردة بعقود امتياز الـ B.O.T. أن هناك اختصاصات تنهض بها الهيئة وحدها في مجال الإدارة والتشغيل، بما ينطوي عليه ذلك من تدخل الهيئة في العديد من الأعمال الإدارية والفنية.

والحقيقة أن تدخل الهيئة يستهدف تحقيق اعتبارين أساسيين:أولهما اتباع سياسة موحدة في إدارة وتشغيل المطارات ، بما يتفق وضرورة بسط سيادة الدولة على هذا المرفق الحيوي في كافة الأرجاء ، وهذا دليل ناصع بأن شركات الامتياز لم تعد تشكل سيطرة للمستثمر الأجنبي على مقاليد الأمور في البلاد ، وثانيهما أن نشاط مرفق النقل الجوي يخضع لنظام المركزية في الإدارة ،ومن أخص واجبات الهيئة المالكة أن تثمر جهودها استمرار نجاح مرفق الطيران في مختلف الأرجاء.

حق الملتزم في المقابل المالي في عقد الامتياز: تتمثل الحقوق المالية للملتزم في عنصرين جوهريين هما المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم ، وحقه في الحفاظ على التوازن المالي لعقده ، ومن ثم إعادته إلى حالته الطبيعية كلما حدث خلل فيه نتيجة الظروف المختلفة التي قد تصادف العقد أثناء تنفيذه.

ومن الثابت في بنود عقد امتياز الـ B.O.T.- أن المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم من المنتفعين ، وليد اتفاق بين الجهة المانحة والملتزم -فلا يستقل أحدهما بتعديله دون رضاء الآخر- ومن العدالة احترام مقتضيات الطابع التعاقدي في هذا النطاق لكونه يمثل أهم حقوق الملتزم ،،، والأمر على خلاف ذلك في نصوص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ *الذي لا تسري أحكامه على عقود امتياز الـ B.O.T.* .

وجدير بالذكر أن تقرير زيادة مقابل الخدمات في مجال الطيران أمر ميسور ، ، إلا أن الدولة لم تترك تحديد وتعديل هذا المقابل لإرادة الملتزم وحده في عقود امتياز الـ B.O.T. ، *يهدف الحفاظ على أبعاد وتوازن عدة عوامل في مجال التنمية الاقتصادية بوجه عام، والنشاط السياحي بوجه خاص ، أهم وأجدى من مجرد الحصول على نسبة أعلى من عائد الاستثمار في هذا المجال.*

حق الإدارة في تعديل عقد الامتياز: وتتمتع الإدارة بسلطة تعديل وتغيير شروط العقد وإضافة شروط جديده بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها دون الحصول على موافقته ، وفق ما يتراءى لها أنه أكثر إتفاقاً مع الصالح العام ودون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وطالما أن التزامات المتعاقد على هذا النحو من المرونة فالعدالة تقتضي إضفاء ذات الصفة على حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة ، ذلك لأن تعديل أركان العقد قد يُرتب زيادة في الأعباء المالية بنحو يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، و بالتالي ينبغي على الإدارة تغطية تلك الأعباء الجديدة على الوجه الذي يعيد للعقد توازنه ورده إلي حالته الطبيعية كي يستمر مرفق الامتياز يؤدى خدماته للمنتفعين به.

فلا يتصور أن يقبل الملتزم معاونة الإدارة في تسيير مرفق عام دون مقابل ، بل ليظفر بفائدة وربح معلوم ، ولن يكون هناك وجه للشكوى في حالة إجراء تعديل

للعقد ، إذا نال الملتزم حقه في التعويض على نحو يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح حلال ، أما إذا تحول الأمر على غير هذا المقتضي ، فلن يقبل أحد من الناس المجازفة ويبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض سلطتها العامة.

التوازن المالي لعقد الامتياز: حين يختل التوازن المالي للعقد ويلحق ضرراً بالإدارة أو بالمنتفعين ، فإن إحلال التوازن يصير حقاً لها والتزاما يتحمله المتعاقد إذا كان الإخلال راجعاً إلى خطأ منه ، أما إذا نجم الإخلال بفعل الإدارة سواء بخطأ أو دون خطأ منها ، فإن إحلال التوازن يصير حقاً للملتزم والتزاما على عاتق الإدارة ، ذلك أن فكرة التوازن المالي تستهدف تحقيق مبادئ العدالة بما ترتبه من عدم جواز إثراء أحد طرفي العقد على حساب الآخر.

ويتحقق التوازن الدقيق في المصالح من خلال إيجاد علاقة تعاون بين الإدارة و الملتزم بغية إنجاز عملٍ محدد ، والاعتراف بحقه في سلسلةٍ من التعويضات إذا تحمل علي عاتقه تكاليف أكثر شدةً ، من منطلق أنه لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما أقدم علي إبرام العقد منذ البداية ، ولهذا يستحق الملتزم تعويضاً عادلاً لجبر الأضرار التي تلحق مركزه التعاقدي ، حين تنقلب ظروف العقد على أثر ممارسة الإدارة سلطة التعديل ، اعتبارً بأن ضرورات المرفق العام لا تعني التضحية بمصلحة المتعاقد وتركه يتحمل وحده عبء جميع الأضرار ،،، فالعدالة تفرض قيام تلازم بين مصالح طرفي العقد وتعادل كفتى الميزان بينهما ،،، وعلى الإدارة المبادرة في الوقت المناسب إلى معاونة الملتزم ، بهدف التغلب على العقبات التي تصادفه أثناء التنفيذ حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته العقدية على نحو صحيح.

والحقيقة أن التوازن المالي بمفهوم العدالة يشكل إحدى الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقد الإداري إذ يجعل العلاقة العقدية بين الطرفين أقل اختلافا وتنازعاً من العلاقة التعاقدية في العقد المدني والتي لا تظهر فيها روح التعاون بمقدار ما تظهر نوايا كل طرف منهما وهو أشد حرصاً على تأمين مصلحته دون سواه ، بيد أن الأمر على خلاف ذلك في عقد الامتياز حيث تنشأ فيه بالضرورة ومنذ البداية علاقات سوية مشربه بروح التعاون الجيد بين الإدارة والملتزم في نحو يتلاءم مع حسن سير المرفق العام الذي يتصل العقد به سنين عددا.

وفي نطاق تحقيق التوازن المالي في تنفيذ عقد الامتياز استقر الفقه والقضاء على الأخذ بنظريات ثلاث وهي : فعل الأمير ، والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وهذه النظريات تتضمن القواعد المتعلقة بأسلس التعويض المستحق للملتزم ووسائله وحدوده وأوضاعه ومداه في مختلف الأحوال ، فهو تعويض جزئي طبقاً لنظرية الظروف الطارئة وتعويض كامل في نطاق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

هذا وتسري الأحكام والمبادئ العامة المشار اليها على عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. ، وقد تضمنت بنود هذه العقود ووثائقها حدود التعويض ومداه في مختلف الأحوال.

امتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير : تمتد آثار عقد الامتياز إلى "الغير" وهم أولئك الذين يمنحهم القانون نصيباً من الحقوق ، ويفرض عليهم قدراً من الالتزامات ، وهذه الالتزامات تُمثل تكاليف وأعباء مفروضة على الغير لصالح الملتزم ، وحقيقة الأمر أنها سلطات ومزايا ممنوحة للملتزم ، فالسلطات تخوله حق الاستيلاء المؤقت أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة ، أو نزع الملكية ، وكذلك الحصول على مقابل مالي من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ، وتمثل المزايا استثناء الملتزم من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة ، وتبرز في حالات : شرط عدم منافسة الغير وإعفاء الملتزم من بعض الضرائب طوال مدة العقد أو لمدة محددة منه ومنحه مزايا وحوافز استثناء من بعض القوانين ، ومنع الحجز على ممتلكات مرفق الامتياز.

وتتمثل حقوق الغير في مطالبة الإدارة بأن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون ، وكذلك مقاضاة الإدارة بطلب إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها إذا ما جاءت مخالفة للقانون ، كما لو استبعدت الإدارة عطاء أحد المنافسين بدون وجه ، أو قامت بإرساء مناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسفاً ، فضلاً عن حق الغير في الحصول على تأمين ضد الأخطار التي تصيبه من جراء تنفيذ العقد.

كما يستطيع المنتفع أن يلجأ إلى القاضي المدني للحصول على حكم بأحقيته في الحصول على الخدمة ، وإلى القضاء الإداري للحصول على حكم بإلغاء القرارات

الإدارية التي تُخول الملتزم مخالفة شــروط العقــد ، وفــي حالــة رفـــض الإدارة التــدخــل (القرار السلبي) لإجبار الملتزم قضاءً على تنفيذ شروط العقد.

***مرحلة نهاية عقد الامتياز :**

يشكل الزمن عنصراً جوهرياً في عقد الامتياز حيث ينتهي العقد بانتهاء مدتــه وقد ينتهي نهاية مبتسرة قبل حلول أجله ، إعمالاً لحق الإدارة في اختيار الأســـلوب الذي تراه مناسباً لإدارة وتشغيل مرفق الامتياز.

ويشترط القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة تنظيم أوضاع الاسترداد في وثيقة الامتياز بما يكفل للملتزم الحصول على حقوقــه الماليــة وفق قواعد التعويض المنصوص عليها في العقد ، بينما تخلو القوانين الصادرة فـــي شأن منح امتياز المرافق العامة بنظام الــ *B.O.T.* من الإشارة إلى ذلك .

ولا يعني عدم تنظيم أوضاع الاسترداد في وثيقة الامتيــــاز حرمـــان الإدارة استرداد الالتزام خارج الإطار التعاقدي ، بل إنها تملك استرداد مرفق الامتيـــاز فـــي جميع الأحوال قبل نهاية مدته ، وخلال المدة المحظور فيها مباشرته ، <u>وفي المقـــابل يستحق الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب</u> .

هذا ويجوز للإدارة توقيع جزاء الإسقاط عند ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً فـــي تسيير مرفق الامتياز ، حتى ولو لم يرد النص عليه في عقد الامتياز أو فـــي كراســـة الشروط الملحقة به ، ويتم توقيع جزاء الإسقاط في فرنسا بمعرفة القضاء طالما لـــم تحتفظ الإدارة لنفسها بهذا الحق في نصوص العقد أو في كراسة الشروط ، ويتشـــدد مجلس الدولة في فرنسا ومصر في طبيعة الأخطاء التي تبرر توقيع هـــذا الجـــزاء ، ويتعين إعذار الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه.

ومع التسليم بأن القضاء هو المختص بتوقيع عقوبـــة الإســـقاط فـــي عقـــد الامتياز ، فهذه الولاية إنما تسري في عقد الامتياز بنظام الـــــ*B.O.T.* وفـــق آليتـــه الجديدة من باب أولى.

ويبسط القضاء الإداري رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بإنهاء عقـــود الامتياز والامتياز بنظام الــ*B.O.T.* ، وأصبح تســـبيب القـــرار الإداري أمـــرا لازمـــا لسلامته ، ومن خلال تطبيق نظرية الغلط البين في التقدير قدم مجلس الدولـــة حلـــولا

قضائية للمشاكل العملية في مجال تحقيق الموازنة بين حقوق الإدارة وحقوق الأفــراد ، مما يصدق إعماله في تحقيق التوازن المالي والاقتصادي في عقد الامتياز.

وتحوي عقود الامتياز في فرنسا ومصر نصوصاً تقضي بأيلولة بعــض الأمــوال إلى الدولة مجاناً ، والبعض الآخر عن طريق الشراء ، وما لم ينص عليه في العقــد يبقي ملكاً للملتزم – فالمبدأ المسلم به أن أحكام التصفية ذات طبيعة تعاقدية ملزمــة ، وبالتالي تقتصر مهمة القاضي على تطبيق النصوص المتفق عليها في العقد،،، <u>بينمـا تنص بنود عقود الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* على أيلولة أموال ومنشآت الامتياز إلــى الدولة مجاناً في نهاية مدته.</u>

البند الثالث: أهمية عقد الامتياز بنظام الـB.O.T. وآثاره الاقتصادية والمالية ،مشفوعة بـ: تقدير وسيلة الامتياز في مصر ،،،وأهم المقترحات الجديدة بالنظر في مجال التطبيق العملي لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

أهمية عقد الامتياز بنظام الـB.O.T.

نشأة عقد امتياز بنظام الـB.O.T. : ذكر البعض أن الجذور التاريخية لنظام B.O.T. ترجع إلى الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين وذهب البعض الآخر إلى أن نظام B.O.T. يختلف جوهرياً عن الامتياز القديم الذي كان يطلق يد الملتزم في التصرف في مرفق الامتياز مما حدا بالبعض تسميته " استغلالاً " لأن الحكومة لم تكن تمارس أية سلطة عليه.

والراجح أن أول من أطلق اصطلاح B.O.T. هو الرئيس الراحل تورجوت أوزال تعبيراً عن المنهج الاقتصادي الجديد في تركيا ، وطبقاً للبرنامج الانتخابي الذي نجح على أساسه في أوائل الثمانينيات من القرن العشرين.

ومع ظهور أزمة الديون والأزمة الاقتصادية في الثمانينيات . تقلصت قدرة مصر شأن بعض دول أخري على تدبير الأموال اللازمة لإنشاء مشروعات بنية أساسية جديدة ، أو حتى الإبقاء على الخدمات الأساسية القائمة في حالة جيدة ، وفي هذه الأثناء ظهرت آلية جديدة لتمويل هذه المشروعات أطلق عليها في الأدبيات الاقتصادية مصطلح B.O.T. : وهي آلية معقدة ومتشعبة البيانات والتفصيلات وتستند إلى فكرة واضحة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع في مشروعات البنية الأساسية وتحسينها عن طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية والتزامات الدولة وأعبائها من الديون الداخلية والخارجية .

وقد شهد الاقتصاد المصري إبان ذلك تحولاً متنامياً نحو الاقتصاد الحر بهدف النهوض بسد احتياجات المواطن ، وتنمية النشاط التصديري للمنتجات والخدمات ، إذ لن يتأتى دخول ميدان المنافسة ، إلا من خلال تصميم أفضل أو سعر أقل أو كليهما معاً ، ولهذا اختارت مصر الامتياز بنظام الـB.O.T. والذي أصبح وفق آليته الجديدة أنجع وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة.

استراتيجية امتياز الـ.B.O.T : يعتبر تمويل المشروعات هو حجر الزاوية في استراتيجية .B.O.T ، وهذا يعني أن المستثمرين والمقرضين يركزون أساساً على أصول المشروع وما يدره من عائد للسداد ، أكثر من تركيزهم على مصادر الضمان الأخرى مثل الضمانات الحكومية أو أصول الجهة المشاركة في المشروع ، وتقوم "استراتيجية .B.O.T " على اتفاقيات ذات طبيعة خاصة لتمويل وبناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ، وفق الأسس الآتية :-

- أن التمويل يتم بعيداً عن ميزانية الدولة وعن القروض السيادية بما من شأنه تفادي فرض ضرائب جديدة أو رفع معدلات الضرائب القائمة ، إما لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية (انكماش مثلاً) .
- تفادي ارتفاع أسعار الفائدة لتشجيع القطاع الخاص علي الاستثمار ،،، وتفادي مشكلات ميزان المدفوعات وعدم اللجوء لاحتياطي العملات الصعبة ، وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة العملة.
- تنفيذ المشروعات بشكل أكثر كفاءة وأقل تكلفة من خلال متابعة التطورات التكنولوجية المتقدمة ، والاستعانة بالفنيين والمشرفين والمهندسين المتخصصين والمؤهلين .. إلخ .
- الحصول على أحدث التكنولوجيات الجديدة المتقدمة ، وإدخالها في القطاع المعني ، ثم انتشارها إلى القطاعات الأخرى بحكم عدوي المنافسة .
- غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص يستطيع المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية بديلاً عن القطاع العام والذي كان يقيم المشروعات بأعلى من تكلفتها الحقيقية وبتكنولوجيا متخلفة ولا يخفي ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للمال العام.

ولا شك أن البنية الأساسية والخدمات العامة المنخفضة التكاليف أصبحت شرطاً لا غني عنه لقيام تنمية اقتصادية ناجحة ، وإنتاج سلعي قادر على المنافسة في الأسواق العالمية في ظل اقتصاد دولي جديد يتجه نحو *"العولمه"* وينبغي على الدول النامية مواجهة التحديات الاقتصادية على الصعيد العالمي بل والمحلي، من خلال المشاركة في شبكة الإنتاج العالمية لتوفير خدمات البنية الأساسية (من طرق

- ومواصلات - وسكك حديدية - ومحطات كهرباء - ومياه - وصـــرف صحـــي - وخدمات صحية - وخدمات تعليمية... الخ) .

اختلاف عقد امتياز الـ*B.O.T.* عن العقود المشابهة له: إن عقد الخصخصة هـــو " عقد بيع إداري " تبرمه الإدارة " كطرف أول " مع آخر من القطاع الخاص " كطـــرف ثان " ، الذي بمقتضاه يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملـــوك للدولـــة بنقـــل ملكيته إلى الطرف الثاني جزئياً أو كلياً، ومن آثار هذا العقد اعتبار " الطرف الثـــاني " مساهماً في رأس المال ، وشريكاً في الإدارة بنسبة ما يملكه ، أما فـــي حالـــة نقـــل الملكية كلياً إلى " الطرف الثاني " فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع بصفة نهائية .

وليس الحال كذلك في عقد امتياز الـ *B.O.T.* إذ ينصب العقد على إنشـــاء وتشغيل وتسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم ، مع احتفاظ الدولـــة بحـــق السيطرة والرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكيته إليها في نهاية فترة الامتيـــاز،،، وبهذه المثابة يختلف عقد الامتياز عن عقود الأشـــغال العامـــة والانتفـــاع والتـــأجير التمويلي والعقد المجمع وذلك على النحو المفصل في البحث.

اتفاق عقد امتياز الـ*B.O.T.* مع الشريعة الإسلامية : الأصل في إنشاء العقـــود فـــي الشريعة الإسلامية هو مبدأ التراضي شريطة أن يتحقق توازن دقيـــق بيـــن الصـــالح الفردي ممثلاً في حرية الشخص في إنشاء العقد ، وبين الصالح العام المتمثـــل فـــي جعل آثاره الرئيسية من عمل الشارع وحده ابتغاء حفظ العدل بيـــن الخلـــق وصـــون المعاملات عن دواعي الفساد ومنع الغرر في المعاملات وحماية المتعاقدين من وجـــود أية شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة العقدية.

وبإنزال مبادئ الشريعة الإسلامية على عقود الامتياز المرفقة بقـــرارات مجلـــس الوزراء أرقام ١،٢،٣لسنة ١٩٩٨ الصادرة بمنح امتياز إنشاء ثـــلاث مـــطـــارات بنـــظـــام الـ*B.O.T.* *تبين أن العقود الثلاثة تتفـــق مع مبادئ الشريعة وأحكامها.*

لقيت آلية الامتياز بنظام الـ B.O.T. تأييداً ومساندة من قبل البنك الدولي كإستراتيجية لزيادة الكفاءة ، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة من ناحية ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى ، نظراً لما تتمتع به من مزايا أهمها:

*توفير أساليب تمويلية مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية الضرورية ذات التكاليف المرتفعة نتيجة للتطور التكنولوجي.

*تستطيع الدولة توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإستراتيجية.

*يسهم الامتياز في نقل مخاطر تنفيذ المشروعات من الدولة إلى القطاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الأجهزة المعنية.

*تمكين القوى البشرية من اكتساب الخبرات الفنية العالية من خلال الاستثمارات والتكنولوجيا المتطورة في مشروعات الـ B.O.T. .

*زيادة فرص التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى الدخل .

*تنشيط سوق المال عن طريق التوسع في إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات وهي سبل جديدة للاستثمار .

ويترتب على الأخذ بهذه الآلية آثار إيجابية لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. علي البورصة والميزانية العامة للدولة ، ومصادر التمويل من القطاع المصرفي ، وقطاع التأمين، وتشغيل العاملين المصريين:

<u>أثر مشروعات الـ B.O.T.على البورصة والميزانية العامة للدولة : الثابت أن الملتزم يتحمل وحده تكلفة إنشاء المشروع ومصاريف إدارته وصيانته طوال مدة عقد الامتياز</u>. فيلزم أن يدبر الملتزم الموارد المالية الكافية للقيام بالتزاماته العقدية والمدخل لذلك هو بورصة الأوراق المالية سواء في سوق الإصدار أو سوق التداول وذلك نتيجة إصدار أسهم الشركات الجديدة سواء كانت مغلقة أو ذات اكتتاب عام ،،، وإذا كان الملتزم شركة قائمة فعلاً ، فإنها تستطيع تدبير تمويل ذاتي عن طريق زيادة رأس مالها ، وحينئذ ينشط سوق الإصدار نتيجة إصدار أسهم الزيادة - بما من شأنه إيجاد بضاعة جديدة في السوق قابلة للتداول في البورصة كما ينشط سوق الإصدار وسوق التداول إذا ما لجأت الشركة إلى إصدار سندات أو صكوك تمويل ذات عائد مجزٍ سواء أكان ثابتاً أو متغيراً.

وعلى ذلك فإن استخدام أموال القطاع الخاص في إقامة المشروعات بنظام الـ B.O.T يقلل من حاجة الدولة إلى الاقتراض من الأسواق العالمية ويجنبها الضغوط السياسية كما ينقل عبء المخاطرة إلى القطاع الخاص الذي يتحمل وحده تكاليف إنشاء وإدارة المشروعات وصيانتها ، دون تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء .

<u>أثر عقود الـ *B.O.T.* على مصادر التمويل من القطاع المصرفي:</u>إن تمويل القطاع المصرفي لنظام الـ *B.O.T.*من شأنه أن يؤثر بالسلب على مصادر التمويل المحلى، ما لم تخضع شركات الـ*B.O.T.* لمعايير الجدارة الائتمانية المتبعة طبقاً لنسبتي الاحتياطي والسيولة الواجب توافرها لدى البنوك، وإلى القواعد والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الائتمان ، و الحدود القصوى لمنح القروض بالنسبة للعميل الواحد على مستوى جميع البنوك - *<u>فحينئذ لا خوف على مصادر التمويل المتاحة من جانب الجهاز المصرفي</u>*.

وينبغي النص في عقود امتياز الـ *B.O.T.* بأن يتم تدبير نسبه معينة من تكلفة التنفيذ عن طريق التمويل الذاتي لشركة الامتياز ، مع توفير الضمانات الكافية لتغطية القروض المصرفية وفوائدها عند تخلف الشركة أو تعثرها في السداد وبذلك ينتفي أي تأثير سلبي لعقود امتياز الـ *B.O.T.*على مصادر التمويل المحلية .

وقد كان لتوجهات البنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية*I.F.C* ومنظمه اليونيدو *UNIDO*اثر فعال في تمويل مشروعات الـ*B.O.T.* عن طريق البنوك بضرورة توافر شروط الائتمان وفق الأسس والمعايير والقواعد الآتية :

* عدم زيادة حجم التمويل لأي مشروع على نسبة ٣٠% من القاعدة الرأسمالية للبنك في صورة استثمارات طويلة الأجل.
* أن التمويل في مشروعات الـ*B.O.T.* يحتاج إلى استعلامات وافيه وضمانات خارجية الأمر الذي لا يتوافر للبنوك صغيرة الحجم فضلا عن ارتفاع التكلفة الاستثمارية مما يجعل هذه البنوك عاجزة عن تقديم التمويل المطلوب.
* أن تمويل هذه المشروعات أو إقراضها ، يتطلب توفير عملات أجنبية لاستيراد مكونات وتحويل فوائض مالية.

* أن هناك عدة خطوات تتبعها البنوك لتمويل المشروعات بـنظـام الـ B.O.T. بمراعاة القواعد التي تحكم الاستثمار أو الإقراض ، ويختلف الأمر في حالة المساهمة في شركه المشروع ، أو منح ائتمان مصرفي لمشروع قائم ،فبالنسبة للمساهمة في إنشاء شركة وفق هذا النظام . فإن البنك يقوم بتحديد نسبة مساهمته في رأسمالها ، وفق السياسة والضوابط الموضوعة حسب نوع النشاط وحجمه و العائد المتوقع منة و المدة ، علي أن يتولي البنك أعمال وكيل المؤسسين و تلقى الاكتتابات حتى يتم إنشاء شركة امتياز الـ B.O.T. مع استمرار البنك في الإشراف و المتابعة.

وفى حالة منح الائتمان فإنه يجب على البنك التأكد من نشاط العميل وجدواه وسمعته ، وعدم منح الائتمان إلا في حدود الملاءة المالية ، وما دفعه العميل من رأس مال في مشروعه ، ولا عبرة بالأموال المقترضة من بنوك أخري ، مع التأكد من استخدام الأموال المقترضة في مجال النشاط الممنوح على أساسه الائتمان ، وليس في أية أغراض أخري.

وحقيقة الأمر أنه يجب التعامل مع هذه مشروعات الامتياز بفكر جيد وضوابط وفق اعتبارات العائد المتوقع ، والضمانات الحكومية المقدمة لها ، والوسائل القانونية التي تكفل للبنك مواجهة حالات عدم السداد ، من خلال دراسة القدرة على استرداد حقه عن طريق حوالة الحق من حصيلة: الرسوم وبوالص التأمين على النحو وبالوسائل المقترحة في البحث.

فإذا ما أُحسن اختيار الشركات التي تُسند إليها مشروعات الـ B.O.T. وفق ضمانات وشروط واضحة ، **فلا شك في المردود الإيجابي على البورصة والميزانية العامة والقطاع المصرفي بصفة خاصة والاقتصاد القومي بصفة عامة.**

<u>التأمين ضد المخاطر في مشروعات الـ B.O.T. : يتخذ</u> المستثمر قرار اختيار أية دولة لاستثمار أمواله بتوافر مناخ ملائم فيها ، يُمكّنه من الحصول على عائد مجز <u>يفوق القدر الذي يتحقق في الفرص البديلة.</u>

وإنه بالرغم من أهمية المظلة القانونية ضد المخاطر المكفولة بموجب عقود امتياز الـ B.O.T. ، إلا أن توفير ضمان تأمين خاص (إضافي) لدي شركات

ومؤسسات التأمين يمثل العامل الحاسم والسبيل الآمن لصـــالح المســتثمر لتوجيـــه أمواله في الدولة التي تتحقق فيها هذه الميزة.

وقد كفل المشرع المصري هذا الغطاء التـــأميني بموجـــب قـــانون الإشـــراف والرقابة على التأمين رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ ، ومن هنا برز الإقدام نحو تطوير أساليب التأمين على الأموال و الممتلكات المستثمرة في مشروعات الـــ .B.O.T و صـــرف المقابل المادي لدى حدوث أي من المخاطر المتفق عليها في وثيقة التأمين ،،، وقـــد تم لهذا الغرض إنشاء مؤسسات إقليمية لضمان الاستثمار هي : المؤسســـة العربيـــة لضمان الاستثمار ، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، المؤسسة الإســـلامية لتـــأمين الاستثمار وائتمان الصادرات .

ومما لاشك فيه أن توفير ضمان إضافي ضد الأخطار ، ينعكس أثره الإيجـــابي في تنشيط سوق المال بصفة عامة والاستثمار في مجال التـــأمين بصفـــة خاصـــة ، ويتيح الفرصة لتشغيل الأيدي العاملة واكتساب الخبرات ، كما يؤمن البلاد لمواجهـــة مثل ما أظهرته التجربة في الأزمة المالية الأسيوية من مخاطر بما يحقق كفالة حقوق المستثمرين في ظل التغيرات الطارئة وغير المتوقعـــة ، ***فمن آمّن على ماله آمن على غده.***

<u>أثر عقود امتياز الـــ .B.O.T في تشغيل العاملين المصريين</u> :يجري تأسيس الشـــركات العاملة بنظام الـــ .B.O.T وفق قانون ضمانات وحوافز الاســـتثمار رقـــم ٨ لســـنة ١٩٩٧م الذي يقضى بمنح شركات امتياز الـــ .B.O.T مزايا وحوافـــز وضمانـــات ، وباستثنائها من الالتزام بأحكام بعض القوانين القائمة ومن بينها قانون الشركات رقـــم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ،إلا أنه فيما يتعلق بعدد و أجور العاملين المشتغلين بهذا النـــوع من الشركات – مهما كانت نسبة مشاركة الأجانب في أسهمها فإنها تلـــتزم بتنفيـــذ أحكام قانون الشركات التي تقضي بـــ : ألا يقل عـــدد المصريـــين المشـــتغلين بـــهذه الشركات عن ٩٠% من مجموع العاملين بها، و ألا يقل ما يتقاضونه من أجور عـــن ٨٠ % من مجموع أجور العاملين بها – و ألا يقل عدد العاملين الفنيين و الإداريـــين المصريين عن ٧٥ % من مجموع العاملين، و ألا يقل مجموع مـــا يتقاضونـــه مـــن

أجور و مرتبات عن ٧٠% من مجموع الأجور و المرتبات للفئات المذكورة من العاملين بها.

و قد استهدف المشرع بذلك تأمين تشغيل الأيدي العاملة المصرية في شركات امتياز الـ *B.O.T.* للتخفيف من حدة البطالة ، و إتاحة الفرصة أمام العاملين المصريين لاكتساب خبرات متقدمة ، وخلق كوادر في مختلف مجالات أنشطة تلك الشركات ، للنهوض بأعباء ومسئوليات العمل بها عند انتهاء مدة الامتياز و انتقال ملكيتها إلى الدولة مستقبلاً .

دور الدولة في ظل العولمة : جدير بالذكر أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب وإنما يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال في ظل إطار تنموي لعقد امتياز الـ*B.O.T.* وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي في الدولة من قواعد مسانده لحسن ادارة تنظيماته ومؤسساته .

وفي هذا المضمار بات ولا مناص من تحديد إطار قانوني متكامل لعقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* يجعل من هذه الآلية خياراً استراتيجياً بوضع قواعد قانونية شاملة تستهدف تحقيق توازن في العلاقة بين طرفي عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* ، آخذين في الاعتبار أن الاستقرار القانوني والأمن التشريعي لا يعني الجمود وعدم تعديل القوانين فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطور ومتغيرات العصر و تحولاته ، يعد مظهراً من مظاهر عدم الاستقرار ، بما يخلفه ذلك من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد .

من أجل ذلك يصير أمر صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق ضرورة حتمية ، فالنشاط الاقتصادي بطبيعته ممتد في الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه. و كذلك عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* ذو أجل ممتد لعدة عقود زمنية ، وحاجته إلي الاستقرار القانوني والأمن التشريعي ماسة في الحال والمآل.

١)الامتياز في مرحلة النظام الاشتراكي:تعرض الالتزام للنقد الشديد على سند من القول بأن الملتزم شخص يسعى إلى الربح عن طريق رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة حتى يكون له الغنم وحده ولا تستطيع الإدارة ممارسة رقابتها على الوجه الأكمل في مواجهة تدخل أجنبي ينال من سيادة الدولة ، فالالتزام وسيلة من وسائل الرأسمالية في إدارة المرافق العامة ، لا تتفق ومفهوم النظام الاشتراكي.

٢)الامتياز في مرحلة الخصخصة :" إن أعظم ثروات مصر غير مستغلة ، بينما الصحراء شاسعة وفيها متسع لمشروعات جديدة عن طريق القطاع الخاص وبالتالي ينبغي إيجاد إطار قانوني يسمح لهذا القطاع استغلال أراضي مساحتها ٩٥٠٠٠٠ كيلو متر مربع ، وفقا لوسيلة ورد النص عليها في الدساتير المتعاقبة أغفلناها زمناً طويلاً –وهي " عقد التزام المرافق العامة " فعقد الالتزام سيضع حلاً ، ولا خطر من أن يكون الملتزم أجنبيا، طالما أن للعقد مده محدده وتكون الدولة قد حصلت على عائد ثابت طوال فترة الالتزام ، ثم يعود المرفق بعدها بكامل أرضة و منشآته للدولة صالحاً للتشغيل والاستغلال .

٣)الامتياز في مرحلة العولمة (امتياز ال*B.O.T.*):أعلن الدكتور رئيس مجلس الوزراء في المؤتمر العالمي لمشروعات الـ*B.O.T.* المنعقد في القاهرة عام ٢٠٠١ بأنه لا توجد قيود علي حركة رؤوس الأموال أملاً في زيادة المشروعات بنظام الـ*B.O.T.* لزيادة القيمة المضافة للاقتصاد القومي شريطة تحديد أسعار الخدمات بحيث تتمشى مع مستوى محدودي الدخل ، وقد أجمع المشاركون علي تعاظم استخدام أسلوب الـ*B.O.T.* لما يحققه هذا النظام من مزايا لكل من الدولة المضيفة والشركة صاحبة الامتياز:

* بالنسبة للدولة المضيفة:

*نقل أعباء تمويل تنفيذ المشروعات للقطاع الخاص .

*توفير فرص عمل جديدة وجلب التكنولوجيا الحديثة و الخبرة الفنية.

* تنشيط سوق المال عن طريق طرح الأسهم والسندات.

* بالنسبة للشركة صاحبة الامتياز :

*تحقيق العديد من العوائد المالية والفنية و الاستثمارية.

*سداد قروض تمويل المشروع وفوائدها من إيرادات تشغيله.

*توزيع المخاطر نتيجة و جود ترتيبات تعاقدية متعددة وليس عقداً واحداً.

ومن أهم توصيات المؤتمر:

١- توفير دراسات الجدوى الاقتصادية اللازمة للتحقق من وجود مزايا تكنولوجية واقتصادية ومالية واجتماعية وفرص عمل جديدة.

٢-تضمين شروط الطرح بما يكفل تعظيم نسبة المكون المحلي في المشروع.

٣- مراعاة التوازن المالي في المشروعات ذات العائد غير المجزي .

٤-أهمية تحديد التزام الدولة المضيفة لفروق أسعار المدخلات المحلية وصرف العملات وذلك بإنشاء صندوق موازنة يُمَوّل أساساً من العوائد التي تزيد عن معدل عائد اقتصادي مناسب.

٥- وجوب تحديد آلية لموازنة فروق الأسعار الاجتماعية عن الأسعار الاقتصادية التي شملها التعاقد، وقد تكون سياسة التمييز السعري وفقاً لشرائح وأنماط الاستهلاك إحدى آليات التوازن.

****

أهم المقترحات الجديرة بالنظر في مجال التطبيق العملي لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

أولا: إنشاء هيئة أو أمانة فنية أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية وفنية وإدارية ومالية من ذوي الخبرة في مجال دراسة وتقييم المشروعات للنهوض بالاختصاصات الآتية:-

* دراسة مشروعات المرافق العامة المراد إنشاؤها بنظام الـ*B.O.T.* .
* إعداد أسس ومعايير دراسات الجدوى في مراحل التأهيل والطرح وتقييم العروض.
* توفير قاعدة معلومات متكاملة للمشروعات المنفذة والمشروعات المقترحة ، وإعداد دليل إرشادي بالمعلومات والخطوات المعاونة في إجراءات إبرام عقد الامتياز وفى تنفيذه وانقضائه .
* حضور ممثل عن الهيئة أو الجهاز في اجتماعات الجمعيات العمومية لمساهمي شركات الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* .
* التعاون مع الجهات المختصة لوضع نماذج العقود ودفاتر الشروط وتعديلها بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية.
* إبداء الرأي الفني والمالي والقانوني في مجال عقود الامتياز.
* المعاونة في إعداد وتشكيل فريق متكامل يتمتع بكفاءة وقدرة عالية في التفاوض وفى مجال إفراغ وصياغة شروط وأحكام عقد الامتياز فنيا وقانونيا حتى يكون العقد متسقا و متوافقا مع كافة الوثائق المرتبطة به مع أهمية إسهام مؤسسات التمويل الدولية لتدريب الكوادر العاملة في هذه المجالات.

ثانيا: توفير تأمين إضافي لدي شركات ومؤسسات التأمين ، إلى جانب مظلة التأمين ضد المخاطر المكفولة لمشروعات الـ*B.O.T.* - *فمن آمن على ماله أمن على غده.*

ثالثا: وضع إطار تنموي يحدد مجالات الاستثمار وأبعاده الاقتصادية والاجتماعية في ظل سياسة تعظيم دور القطاع الخاص ، وتقنين التشريعات التي تكفل جذب المستثمرين وحماية أموالهم في مشروعات الـ *B.O.T.* وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي من قواعد وأحكام مسانده لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته والتأكيد على أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب ، بل تزداد الحاجة إليه لتحفيز قوى

الإنتاج و مضاعفته ، وإحكام الرقابة علي سلامة الأعمال من أجل بث روح الثقة والحماية لأموال المستثمرين اعتبارا بأن آليات النشاط الاقتصادي الحر هي في حقيقة أمرها منظومة متكاملة تعمل تحت مظلة فكرة النفع العام.

رابعا: أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشريعي فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطورات ومتغيرات العصر و تحولاته يعد مظهرا من مظاهر عدم الاستقرار بما يخلفه من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد ، الأمر الذي يتعين معه صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق . فالنشاط الاقتصادي بطبيعته ممتد في الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه و كذلك عقد الامتياز بنظام الـ*B.O.T.* ذو أجل ممتد لعقود زمنية وحاجته إلي الاستقرار القانوني والأمن التشريعي ماسة في الحال والمآل.

خامسا: إحاطة المستثمر بالمميزات والعقبات التي تواجه مشروعه من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات والشركات وتحويلات الأرباح وتسعير المنتجات والاستيراد والتصدير والضرائب والتأمين ضد المخاطر والقوانين الحاكمة للمرافق العامة.

سادسا:اتخاذ الوسائل المتاحة لدي الدول العربية لمواجهة التغيرات والتحولات القانونية والاقتصادية المصاحبة لظاهرة العولمة بتطوير أدوات ومقومات الوحدة الاقتصادية العربية ، وتسريع إقامة السوق العربية المشتركة ومحكمة العدل العربية وتطوير قوانين الملكية الفكرية والذهنية ، وتوحيد التشريعات المتصلة بذلك.

سابعا:دعم دور جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على توازن حقوق والتزامات المنتفعين بخدمات مرافق الامتياز ، ومنحها الأدوات والمقومات اللازمة لمواجهة حالات رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة أو حدوث تغيير في طريقة وميعاد سداد المقابل المالي للملتزم .... إلخ.

ثامنا: من الثابت أن عقد امتياز المرفق العام قد تطورت أحكامه وقواعده في ظل امتياز الـ*B.O.T.*بآليته الجديدة فالرابطة العقدية بين الإدارة والملتزم أصبحت تكتسي ثوبا اتفاقيا منذ البداية ، والطرفان يسعيان معا جنبا إلى جنب يدا واحدة، يبتغيان في المقام الأول كفالة انتظام سير مرفق الامتياز سنين عددا ، *من خلال وضع*

الأداءات المتبادلة بينهما في كفتين متساويتين في الميزان ، وبما يكفل حصول الملتزم على حقوقه كاملة في أمان وسلام.

والحقيقة أن المستثمر يرنو إلى معرفة تلك المتغيرات والمستجدات ليتحقق لديه يقينا مدي الحفاظ على أمواله ـ لذلك ينبغي على الأجهزة المختصة بالترويج للاستثمار أن تعمل بكافة السبل لنشر تلك المتغيرات عبر قنوات الإعلام ومن خلال وسائل الاتصال بالبنوك وأسواق المال والجامعات والمؤسسات والهيئات المعنية محليا وخارجيا ، وذلك لجذب أصحاب رؤوس الأموال والبيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار خبراتهم وأموالهم في مجال مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية في ربوع مصر ، والتي أصبحت الأعمال تجري فيها بغير ستار في ظل نظام الحرية الاقتصادية وآليات المنافسة الحرة.

وطالما أن النفع العام هو الغاية والقاعدة العامة التي يبنى عليها ويستمد منها أحكام عقد امتياز المرفق العام ، وفي ظل آليات الحرية الاقتصادية ،أصبح كل أمر قابل للتفاوض والحوار ثم الاتفاق ... من أجل ذلك يتعين في مجال الامتياز بنظام الـ B.O.T. وضع أسس و ضوابط تشريعية تكفل وضع حقوق والتزامات كل من الإدارة والملتزم متعادلة في كفتين متساويتين فلا تميل إحداهما على الأخرى في الميزان ... على أن يؤخذ هذا الأمر في الحسبان ، فيما يخص حقوق والتزامات الغير ، أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم كثر.

وأخيرا الحمد لله تعالى جل شأنه وقد أمدني بالعزم وأنا في خريف العمر فلم أدخر جهدا إلا وبذلته برضى ويقين مهتديا بقوله تعالى

﴿ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون﴾[٥٨١]

صدق الله العظيم

تم بحمد الله

---

(٥٨١) سورة الأحقاف – الآية رقم (١٩)

قـائمـة المراجـع

BIBLIOGRAPHIE

قـــائمة المراجـــع

BIBLIOGRAPHIE

أولا : القرآن الكريم :

ثانيا: الدستور

ثالثا : كتب التراث العربي وعددها "٥"

ابن تيمية ➢ "الفتاوى الكبرى"

أبي يوسف ➢ "الخراج" دار المعرفة .

الإمام أحمد بن حنبل ➢ "مسند الأمام أحمد" دار المعارف ١٩٨٥

الإمام مالك ➢ "موطأ الإمام مالك"

الماوردى ➢ "الأحكام السلطانية" ١٩٨٣ الفكر العربي

رابعا : القواميس وعددها ٧ :

المورد ➢ منير البعلبكي بيروت ٢٠٠٠

المنجد ➢ الطبعة ١٩ المطبعة الكاثوليكية بيروت

الوجوه والنظائر ➢ إحياء التراث محمد أبو العزم ١٩٩٢

المصطلحات القانونية ➢ يوسف شلاله منشأة المعارف

المنـــــهل "فرنســـــي ➢ دار الكتاب اللبناني بيروت ١٩٩٧ د. جبور **عربي"**

معجم "الوجيز" ➢ مجمع اللغة العربية .

معجم "الوسيط" ➢ " ١٩٦٠ مطبعة مصر .

خامسا : المراجع باللغة العربية وعددها "٩٨" :

أ.د. إبراهيم أحمد ➢ التحكيم الدولي الخاص ١٩٩٧ النهضة العربية

أ.د. إبراهيم المنجى ➢ "التعليق على نصوص مجلس الدولة" ١٩٩٦ .

أ.د. إبراهيم شحاتة ➢ "معاملة الاستثمارات الاجنبية فى مصر" ١٩٧٢

د. أحمد حسان الغندور ➢ "التحكيم فى العقــود الإداريــة للإنشـــاءات" ١٩٩٨ النهضة العربية.

أ.د. أحمد شرف الدين ➢ "أصول الصياغة القانونية للعقود"بدون سنة أو ناشر.

أ.د. أحمد عشوش ➢ "النظام القانونى لعقد القرض الدولي ١٩٩٠ مؤسســة شباب الجامعة بالإسكندرية .

د. أسامة الخولى ➢ البيئة وقضايا التنمية والتصنيع عالم المعرفة ٢٠٠٢

أ.د. أويس الزنط ➢ "أسس تقييم المشروعات ودراسات الجـدوى" ١٩٩٢ المكتبة الأكاديمية .

أ.د. توفيق شحاتة ➢ "مبادئ القانون الإداري" ١٩٥٥ القاهرة .

أ.د. ثروت بدوى ➢ "النظرية العامة للعقود الإدارية" ١٩٧٦.

د. جابر جاد نصار ➢ "التحكيم فى العقود الإدارية " ١٩٩٧ النهضة العربية

أ.د. حسنى عبد الواحد ➢ "تنفيذ الأحكام الإدارية" ١٩٨٤ القاهرة .

أ.د. حسين درويش ➢ "وسائل تعاقد الإدارة" ١٩٥٦ القاهرة .

➢ "شرح قانون مجلس الدولة الموحد" ١٩٦١.

د. حسين فتحي ➢ التوريق المصرفي للديون : أبو المجد ١٩٩٩

أ.م. حمــدي ياســين عكاشة ➢ القرار الإداري منشأة المعارف ١٩٨٧

➢ " العقود الإدارية" ١٩٩٨منشأة المعارف

أ.د. خميــس الســيد إسماعيل ➢ "الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإداريــة" لطباعة الحديثة.

➢ "وقف تنفيذ القرار الإدارى" ١٩٩٣.

أ.د. ربيع أنور فتح الباب
- "دروس في الإدارة العامة" ١٩٨٧.
- "القانون الإداري القطري والمقارن" ١٩٩٣ النهضة العربية.
- "النظام الدستوري المصري" ٢٠٠٠ الرسالة الدولية للطباعة .
- "القضاء الإداري – قضاء الإلغاء" ٢٠٠١ الرسالة الدولية للطباعة
- الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستورى في فرنسا النهضة العربية ٢٠٠٠.

أ.د. رمزي الشاعر
- " قضاء التعويض" ٢٠٠٠ القاهرة .

أ.د. رمضان محمد بطيخ
- "الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها" ١٩٩٢ النهضة العربية.
- "القضاء الإداري" ٢٠٠٠ النهضة العربية.

أ.د. سامي جمال الدين
- "أصول القانون الإداري" ١٩٩٦ المطبوعات الجامعية بالإسكندرية .

أ.د. سعاد الشرقاوى
- " المنازعات الإدارية ١٩٧٦ بدون ناشر
- "دروس في دعوى الإلغاء" ١٩٨٠ بدون.
- "القانون الإداري وتحرير الاقتصاد" ١٩٩٤ النهضة العربية
- "العقود الإدارية" ١٩٩٩ النهضة العربية.

أ.د. سليمان الطماوى
- "القضاء الإداري – قضاء الإلغاء" ١٩٧٦ الفكر العربي .
- "الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة" ١٩٨٤ الفكر العربي
- "مبادئ القانون الإدارى نظرية المرفق العام "١٩٨٤ الفكر العربى.
- "النظرية العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة" ١٩٨٤ الفكر العربى
- "الوجيز فى القانون الإدارى" ١٩٨٨ الفكر العربى .
- " القضاء الإداري قضاء التعويض" الفكر العربي ١٩٩٦

د. شحاتة دياب
- "مبدأ المساواة في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية" ٢٠٠١ الناشر سمير الطوبجي.

أ.د. طعيمه الجرف
- "القانون الإداري" ١٩٧٣ النهضة العربية .

أ.د. عادل خليل
- "العقود الإدارية" ١٩٩٩ الثقافة الجامعة.

أ.د. عادل بسيوني
- التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية الهيئة المصرية العامة للكتاب ٩٧٨

أ.د. عبد الحميد الحفناوى
- "تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية" ٩٩٣

أ.د. عبد الرازق السنهورى
- "الوسيط" ج١ "التراث العربي بيروت

أ.د. عبد العزيز خليفة
- "الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى" ٢٠٠١ النهضة العربية

أ.د. عبد العظيم عبد السلام
- "أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري" ١٩٩٠ مطبعة اللواء شبين الكوم .

أ.د. عبد الفتاح أبو الليل
- "مسئولية الأشخاص العامة" ١٩٩٨ النهضة العربية.

د. عبد القادر عطية ➢ اتجاهات حديثة في التنمية الدار الجامعية ٢٠٠٠ .

أ.د. عزيزة الشريف ➢ "دراسات في العقد الإدارى" ١٩٨١ النهضة العربية.

أ.د. عصمت الشيخ ➢ "مبادئ القانون الإدارى" ١٩٩٩ النهضة العربية .

الشيخ على الخفيف ➢ أحكام المعاملات الشرعية – مطبعة حجازى ١٩٤١

أ.د. علي عبد العال ➢ "النظام الدستوري المصري" ٢٠٠٠ الدولية للطباعة.

أ.د. عمر حلمي فهمي ➢ "النظرية العامة للعقود الإدارية" القاهرة١٩٩١

➢ "آثار العقود الإدارية" ١٩٩٣القاهرة .

أ.د. عمر ممدوح ➢ "أصول تاريخ القانون" ١٩٥٤ الإسكندرية .

أ.د. فؤاد العطار ➢ "القضاء الإداري" الكتاب العربي ١٩٦١

➢ "القانون الإداري" ١٩٧٦ القاهرة .

أ.د. فتحى عبد الصبور ➢ "الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال" ١٩٦٧ عالم الكتب .

أ.د. ماجد راغب الحلو ➢ "القانون الإداري" ١٩٧٧ الطباعة والنشر الكويت .

➢ "القضاء الإداري" ١٩٨٧ الإسكندرية.

الشيخ محمد أبو زهرة ➢ " نظرية العقد في الشريعة الاسلامية" القاهرة١٩٣٩

أ.د. محمد أحمد عبد النعيم ➢ "مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية – دراسة مقارنة" ٢٠٠٠ النهضة العربية.

د. محمد الجلالي ➢ " نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل" ٢٠٠٠.

أ.د. محمد أنس قاسم جعفر ➢ "الوسيط في القانون العام" ١٩٨٥ .

➢ "النظم السياسية والقانون الدستوري" ١٩٩٩النهضة.

➢ "العقود الإدارية" ٢٠٠٠ النهضة العربية .

➢ "الوسيط في القانون الإداري والقضاء الإدارى" النهضة العربية.

أ.د. محمد حسين هيكل ➢ "دين مصر العام" ١٩٩٩ المجلس الأعلى للثقافة .

أ.د. محمد حلمي مراد ➢ "مالية الدولة" ١٩٥٧ القاهرة .

أ.د. محمد سعيد حسين أمين ➢ "أحكام انقضاء عقد الامتياز المرفق العام – دراسة مقارنة" ١٩٩٥ النهضة العربية.

➢ "الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفى الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري" ١٩٩٨ الثقافة الجامعية بالقاهرة .

➢ "العقود الإدارية" ١٩٩٩ الثقافة الجامعية .

➢ المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ٢٠٠٢جامعة عين شمس

أ.د. محمد صالح الحناوى ➢ "دراسات جدوى المشروع ودليل تقييم الأعمال الجديدة" ١٩٨٠ المصرية الحديثة .

أ.د. محمد عبد الحميد أبو زيد ➢ "المرجع في القانون الإداري" ١٩٩٩ النهضة العربية بالقاهرة

أ.د. محمد عبد اللطيف ➢ " تسبيب القرارات الإدارية" النهضة العربية ١٩٩٦.

➢ " الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة" النهضة العربية ٢٠٠٠

➢ " تفويض المرفق العام" دار النهضة العربية ٢٠٠٠.

أ.د. محمد فؤاد مهنا ➢ " القانون الإداري المصري والمقارن" ١٩٥٢ مطبعة النشر والثقافة

أ.د. محمد كامل عبيد ➢ "نظرية الدولة" دبي ١٩٩٤

أ.د. محمد كامل ليلة ➢ "النظم السياسية" ١٩٦١ .

➢ "الرقابة على أعمال الإدارة – الرقابة القضائية" الكتاب الثاني ١٩٦٨بيروت.

أ.د. محمد أبو العينين ➢ "إجراءات المرافعات أمام القضاء الإدارى" ١٩٩٥.

أ.د. محمد بدران ➢ " عقد الإنشاءات في القانون المصري" النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١

أ.د. محمد ميرغنى خيرى ➢ "مبدأ الشرعية التقديرية" ١٩٦١ القاهرة .

➢ " القضاء الإداري ومجلس الدولة"بدون.

د. محمود الكيلانى ➢ "عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا" ١٩٩٥ الفكر العربى .

أ.د. محمود حلمي ➢ " قضاء الإلغاء" الفكر العربي ١٩٧٧

أ.د. محمود البنا ➢ " الوسيط في القضاء الإداري" الفكر العربي

أ.د. محمود سامي جمال الدين ➢ " قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة" النهضة العربية ١٩٩٢

د. محمود سلامة جبر ➢ "نظرية الغلط البين فى التقدير" بدون النهضة العربية.

د. مسعود ضاهر ➢ "النهضة العربية والنهضة اليابانية – تشابه المقدمات واختلاف النتائج" ١٩٩٩ عالم المعرفة الكويت.

أ.د. مصطفى أبو زيد فهمى ➢ "القضاء الإدارى ومجلس الدولة – قضاء الإلغاء" منشأة المعارف .

➢ "القضاء الإدارى ومجلس الدولة – المرافعات الإدارية" منشأة المعارف.

➢ " الوجيز في القانون الإداري" نظرية المرافق العامة الإسكندرية ١٩٩٥

أ.د. مصطفى وصفى ➢ "إجراءات القضاء الإدارى" "تنفيذ الأحكام" ١٩٧٨.

أ.د. نبيل عبد السلام شاكر ➢ "إعداد دراسات الجدوى وتقييم المشروعات الجديدة" ١٩٩٨ جامعة عين شمس

أ.د. يوسف قاسم ➢ مبادئ الفقه الإسلامي – النهضة العربية١٩٨٥

سادسا : الأبحاث باللغة العربية وعددها "١٥" :

د. إبراهيم أحمد ➢ "اختيار طرق التحكيم ومفهومه" ٢٠٠١ مجلة المحاماة العدد الأول .

د. أحمد خفاجى ➢ رشوه مفاوضي العقود الدولية والتشريع العقابى المصرى – العمولات" ١٩٨٦ مجلة المحاماة .

أ. السيد ياسين ➢ " مفهوم العولمة" مركز دراسات الوحدة العربية بيروت٢٠٠٠

د. أنور رسلان ➢ "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة" بمجلة القانون والاقتصاد .

د. عبد الرحمن طه ➢ "التأمين فى دعم وتشجيع الاستثمار "مؤتمر الـ*B.O.T* الدولى المنعقد في القاهرة يناير ٢٠٠١ .

د. عبد العزيز خليفة ➢ "إلغاء القرار الإداري لحياده عن الهدف المخصص لإصداره ٢٠٠١ مجلة المحاماة العدد الأول .

أ.د. على صفوت ➢ "مجلس الدولة قاضى الوقائع" ١٩٥٤ مجلة مجلس الدولة .

أ.د. فؤاد العطار ➢ "وسائل تعاقد الادارة – نظرية المناقصة والممارسة" مجلة مجلس الدولة السنتين ٥،٦ .

أ.د. محمد أنس قاسم ➢ "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة –دراسة مقارنة" ١٩٩٥.

د. محمد الحلفاوى ➢ "استراتيجيات واساليب التفاوض" ١٩٨٦ أكاديمية البحث العلمى .

أ.د. محمد بدران ➢ نحو أفاق جديدة للخصخصة" ، جامعة القاهرة بدون.

د. نزيه حماد ➢ "العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها" مجمع الفقه الاسلامى ١٩٩٦ .

أ.م. عبد العزيز إسماعيل ➢ "الشروط المجحفة فى اتفاقيات نقل التكنولوجيا" ١٩٨٦ أكاديمية البحث العلمى.

أ.م. محمد سليمان غزال ➢ "استراتيجية مشروعات الامتياز بنظام الـ*B .O.T*" ١٩٩٩ تقرير وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية.

أ. د. يحيى الجمل ◄ "رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للادارة فى تكييف الوقائع" مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧١ .

سابعا : الرسائل باللغة العربية وعددها "١٧" :

د.إبراهيم قادم ◄ عقود نقل التكنولوجيا حقوق عين شمس-٢٠٠٢

أ.د. السيد محمد إبراهيم ◄ الرقابة على الوقائع ، قضاء الإلغاء ١٩٦٣.

أ.د. أحمد عياد ◄ "مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية" ١٩٧٣.

د. بلال عبد المطلب ◄ "مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية – دراسة مقارنة" ٢٠٠١ حقوق عين شمس .

د. جاسر محمد زكريا ◄ : مفهوم العالمية في القانون الدولى المعاصر" حقوق عين شمس ٢٠٠١

أ.د. سمير إسماعيل ◄ "الاعتبار الشخصي في التعاقد" ١٩٧٥حقوق الإسكندرية

أ.د. صلاح عبد البديع ◄ "سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى" ١٩٩٢ حقوق الزقازيق .

أ.د. عبد المجيد فياض ◄ "نظرية الجزاءات فى العقد الادارى" ١٩٧٤ جامعة القاهرة .

أ.د. عصام البرزنجى ◄ "السلطة التقديرية والرقابة القضائية" ١٩٧٠ القاهرة.

أ.د. على الفحام ◄ "سلطة الادارة فى تعديل العقد الادارى" ١٩٧٥جامعة عين شمس.

د. عوض الله شيبة ◄ "النظام القانونى لعقود المنشأة الصناعية بين الدولة والشركات الاجنبية الخاصة" ١٩٩٢ جامعة اسيوط .

أ.د. محمد عبد العال ◄ " فكرة السبب في القرار الإداري ودعوي الإلغاء – جامعة القاهرة ١٩٧١

أ.د. محمد سعيد حسين أمين ◄ "الاسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة فى تنفيذ العقد الادارى" ١٩٨٤ حقوق عين شمس .

د. مهند مختار نوح ◄ " الإيجاب والقبول في العقد" عين شمس ٢٠٠١

أ.د. محمد ميرغني ➢ " نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية " حقوق عين شمس ١٩٧٢ خيري

د. ناصر بن سيف ➢ " الوقف عن العمل وسلطة الإدارة" حقوق عين شمس ٢٠٠١ الشمسي

أ.د. هارون الجمل "النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة" ١٩٧٩ عين شمس .

ثامناً : تقارير و أوراق عمل وندوات ومؤتمرات وعددها "٨":

➢ تقرير أعمال المؤتمر الدولي عن "المشروعات بنظام الـ*B.O.T*" يناير ٢٠٠١ .

➢ تقرير مؤتمر القاهرة الأول للتعاون والتنمية عام ٢٠٠٠ وموضوعها "الشفافية أساس الاقتصاد الحر" .

➢ تقرير مؤتمر المنظمة المصرية للشفافية عضو المنظمة العالمية للشفافية ببرلين برعاية جماعة الإدارة العليا عن "الشفافية لمواجهه مشاكل الإدارة".

➢ تقرير الإدارة السياسية لجامعة الدول العربية عن "أعمال المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية" فبراير ١٩٥٧ .

➢ تقرير عن "الأنظمة التعاقدية ومقتضيات التجارة الدولية" معهد قانون الأعمال الدولي يناير ١٩٩٢ .

➢ تقرير وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية عام ٢٠٠٠ " القواعد والمبادئ الرئيسية للسياسة الاقتصادية في مصر"

➢ ورقة العمل المقدمة في المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام الـ*B .O.T* في يناير ٢٠٠١ عن "تجربة الهيئة العامة للطيران المدني في مجال تنفيذ المطارات بنظام الـ*B.O.T*" .

➢ ورقة العمل المقدمة في المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام الـ*B.O.T* " في يناير ٢٠٠١ عن "تجربة وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية في مجال مشروعات المياه بنظام الـ*B.O.T*" د. بيلي حسني البيلي.

تاسعا : مقالات وعددها "٥" :

أ.د. أحمد فتحي سرور ◄ "القضاء الواقف" مجلة أخبار المحاماه ٢٠٠٢

أ.د. إسماعيل صبري عبد الله ◄ " أبرز معالم الجدة في نهاية القرن العشرين" مجلة عالم الفكر مجلد ٢٦ عددي ٣،٤ ١٩٩٨

أ. رشدى عبد الفتاح ◄ "٥٠مليار جنيه لمشروعات الـ B.O.T" مجلة الاهرام الاقتصادى ٢٤يوليو ٢٠٠٠ .

م. فاروق سيف النصر ◄ القضاء الواقف مجلة أخبار المحاماه ٢٠٠٢

أ.م. محمود محمد فهمى ◄ "الحقائق فى نظام الـB.O.T" مجلة الاهرام الاقتصادى ٢١فبراير ٢٠٠٠ .

عاشرا : المراجع باللغة الإنجليزية وعددها "٣" :

Oswaldo de Rivero B. • *« New economic order & international development law » 1980 Oxford.*

T. Parker Moon • *« Imperialism & world policies » 1967 Mcmillan New York.*

U.N.I.D.O • *« B.O.T U.N.I.D.O guidelines » 1995.*

حادي عشر : المراجع المتخصصة باللغة الفرنسية وعددها "٣٢" :

Azibert M. & De Boisdeffre M. • *« Chronique de jurisprudence » sous C.E. 2 Sté T.V6 et A.J.D.A..1987*

Benoit P, • *Le droit administratif francais Dalloz, Paris, 1968*

Bettinger Ch. • *« L'évolution de la concession notion du droit administratif »75 Paris T 2.*

Blondeau A. • *« Concession de service public »1929 Grenoble.*

Bonnard R. *« Précis de droit administratif » 1943 4e.*

Caillosse. J, • *La modernisation de l'etat, A.J.D.A. 1991, p755 et S.*

Colson • *« Cours d'une économie politique » 1910 Paris.*

Chapus R. • *« Droit administrative générale » 1988 Tome 1 Paris.*

Coudevylle A. • *« Contribution à la théorie générale du service public » 1976 Bordeaux.*

Délvolvé P. — « Responsabilité contractuelle, épertoire • de la responsabilité de puissance publique » 1987 Dallez.

Dufau J. — • « Les concessions de service public » 1984 J.C.A..

Flamme — • « Traite théorique et pratique des marchés publics » 1969 Bruxelles T 2.

Gallay C. — • « Les contrats entre personnes publiques » 1987 Toulouse.

Gaudement Y- Strin B- Rolin. F, et Ealra. TH. D, — • Les grands avis du conceil d'etat, Dalloz, 1997.

Hostiou. R, — • Procedures et formes de l'acte adminisratif unilateral et droit adminisratif francais, these, L.G.D. J, paris, 1975

Jéze G. — • « Les principes généraux du droit administratif » 1934 Paris 3e.
- « Les contrats administratifs de l'état, des départements et des établissements publics » Paris 1927 Tome 1, 1932 Tome 2, 1934 Tome 3, 1936 Tome 4.

Laubadére A. D. — • « Traité théorique et pratique des contrats administratifs » 1956 Paris .
- « Traité des contrats administratifs » 1984 Paris 2 Tome avec Moderene F. & Délvolvé P.

Lecomte F. — • «Le rachat des concessions » 1942 Paris.

Long M. — • « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative » 1990 Paris 9e édition sirey avec Weil P. & Braibant G. & Dévolvé P. & Genevois B..

Madoit Y. — • « Aux frontières du contrat et de lacté administratif unilatéral, recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français » 1971 Paris.

Mignon M. — • Declin d'une technique Classique – L'adjudication. D. Chro.

Monsarrat G. — • « Concessions des communes, publication administratives » 1948 Paris.

Pequignot G.	• *« Les contrats de l'administration du juraient classeur administratif »*
Quancard M.	• *L'adjudication des marches puplics de travaux et de fournitures.*
Richer. L,	• *Les contrats administratifs, 1991*
Rainaud J,	• *Le contrat administratif- Volonte des parties ou lois des services puplics ? R.D.p, 1985*
Tawfik Chehata	• *« La concession de service public » 1941 Paris.*
Terneyre PH.	• *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratif A.J.D.A,1996.*
Vedel G.	• *« Droit administratif » 1988 Paris avec Dévolvé P..*
Waline	• *« Traité de droit administratif » 1963 Paris 9e.*
	• *« Traité élémentaire de science et de législation financière »*

ثاني عشر : الرسائل باللغة الفرنسية وعددها "٥" :

Fouad El Attar	• *« Le marche de travaux publics »1955.*
Monsarrat	• *« Le Comtepessol d'une théorie d'ensemble de sortie public un aspect de sertisse public de le solution dois dressait publique » 1934 Paris.*
Pequignot	*« Théorie générale du contrat administratif thèse Montpellier » 1945 Paris.*
Tewfik Chehata	• *« La concession de service public »1949.*
Sariot Badoui	• *« Le fait du prince dans les contrats administratif » 1955.*

ثالث عشر : المجلات و مجموعات الأحكام الفرنسية وعددها ٧ :

- *L'actualité juridique de Droit Administratif (A.J.D.A).*
- *Jurisclasseur Administratif (J.C.A.).*
- *Jurisclasseur periodique (J.C.P.).*
- *Recueil des arrêts du conseil d'Etat (Rec.).*
- *Recueil Dalloz (D.).*
- *Recueil sirey (S.).*
- *Revue du Droit public (R.D.P.).*

رابع عشر: المجلات ومجموعات الأحكام والوثائق وعددها "١٥"

- مجموعات أحكام المحكمة الدستورية العليا
- مجموعات أحكام محكمة القضاء الإداري
- مجموعات الأحكام الإدارية العليا.
- مجموعات الفتاوى
- مجموعات أحكام النقض .
- مجموعات التشريع والقضاء المختلط
- مضابط مجلس الشعب .
- مضابط مجلس الشيوخ والنواب .
- مجلة قضايا الدولة
- مجلة المحاماه ، ومجلة أخبار المحاماه
- مجلة الأهرام الاقتصادي
- مجلة عالم الفكر
- مجلة القانون والاقتصاد
- الوقائع المصرية
- الجريدة الرسمية

الفــــــهــــــرس

Table Des Matieres

الفهرس

Table Des Matieres

الصفحة

▪▪ قالوا عن هذا الكتاب ▪▪

▪ جريدة العالم اليوم ـــــــــ

امتياز الـ (B.O.T) .. يتيم يجد أبا !


امتياز الـ (B.O.T).. يتيم يجد أبا!

ذات صيف فى مدينة استانبول .. كنت أركب التاكسى من ميدان «تقسيم» - أشبه بميدان التحرير فى القاهرة- حيث الفندق الذى أقيم به. لأعبر الجزء الآسيوى من المدينة، فوق الجسر المعلق على البوسفور، إلى القسم الأوروبى منها الشهير باسم « سارير».. هناك بلاجات « الطن كم» أى شاطىء الذهب، و « ألمظ كُم » بمعنى شاطىء الألماظ، وقصور أثرياء العرب على سفوح الجبال المفعمة بالخضرة وهى تنحدر نحو مياه البوسفور الزرقاء فى عناق خلاب !

حاز انتباهى آلاف الليرات التركية التى دفعها سائق التاكسى.. وكل سائق يعبر كرسم عبور للجسر المعلق، وتوهمت أن كل هذه العوائد إنما تصب فى خزينة الحكومة التركية !

لكنى تكشفت ضلالى الاقتصادى وأنا أشهد مناقشة رسالة فريدة للدكتوراة فى كلية حقوق عين شمس، موضوعها : « عقد امتياز المرفق العام» وهو أشهر العقود الإدارية التى اتخذتها الرأسمالية أداة ناجحة لإنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة، وفق نظام الـ (B.O.T) ، بعد اندلاع حرية السوق إثر انهيار النظام الاشتراكى .. ذكر صاحب الرسالة إبراهيم

الدسوقى الشهاوى وكيل وزارة الاقتصاد سابقاً، أن جسر البوسفور المعلق هو أحد إنجازات امتياز (B.O.T) .. وأن العائد يعود بالطبع للملتزم طوال مدة الالتزام.. وأن تورجوت أوزال رئيس الحكومة التركية الراحل.. هو أول من صك اسم عقد الالتزام المرموز إليه بحروف (B.O.T) ، وذلك غداة اجتماعه برجال الأعمال فور فوزه بمنصب رئاسة الحكومة فى عام ١٩٨٢.. وكان برنامجه الانتخابى الذى جاء به إلى السلطة يقوم على نهج اقتصادى يأخذ بأسلوب الخصخصة وامتياز الـ (B.O.T) فى مجال إنشاء وإدارة مشروعات البنية الأساسية ذات التكلفة المرتفعة .

وحروف (B.O.T) التى ترمز لعقد الامتياز تفسر أحكام العقد الثلاثة.. أولها أن يبنى الملتزم المشروع (Build).. ثم يشغله ويديره (Operate) مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المشروع.. ويعيد أخيرا نقل ملكية المشروع (Transfer) إلى الدولة بجميع أصوله، دون مقابل، بعد انتهاء عمر الامتياز المتعاقد عليه!

لمواجهة العولمة الداهمة !

حرصت على أن أقرأ رسالة دكتوراة الباحث إبراهيم الشهاوى كاملة : ٥٠٨ صفحة ، ٤ أبواب، ٢١٧ مرجعا بالعربية والفرنسية والإنجليزية، من بينها ١٧ رسالة دكتوراة، وتقارير ومجريات ندوات ومؤتمرات، وموسوعات علمية، وأحكام للقضاء المصرى والفرنسى.. **لكنها جميعا للاستئناس واستقاء مايخدم التكوين التحليلى النهائى للرسالة المرجع، التى لم يسبقها مرجع عن الموضوع بأية لغة من اللغات الحية !**

نحلق بين سطور الرسالة نستخلص من دسمها مايسمح به المقام

أول امتياز عرفته مصر هو الامتياز الذى منحته عام ١٨٥١ للمهندس البريطانى چورج ستيفنسون، لإنشاء أول خط حديدى فى أفريقيا يربط بين الإسكندرية والسويس مرورا بالقاهرة أما الامتياز الثانى والأكثر شهرة فكان امتياز حفر قناة السويس الممنوح لفرديناند ديليسبس بالفرمان الصادر ٣٠سبتمبر ١٨٥٤.. والعجيب أن عقود الامتياز فى مصر ظلت حوالى ٧٢ عاما دون نص تشريعى يحكمها إلى أن صدر دستور ١٩٢٣!

وبعد خروج مصر من زقاق الاشتراكية إلى ميدان حرية السوق الفسيح، فقد منح لثلاث شركات مصرية امتياز إنشاء وتشغيل وإدارة مطارات مرسى علم ورأس سدر والعلمين سنة ١٩٩٨ كما اتفقت وزارة الاسكان والتعمير مع احدى الشركات الأجنبية على إنشاء محطة لتحلية المياه فى خليج السويس بتكلفة حوالى مليار جنيه، لكن الشركة اختلفت مع الوزارة على حجم طاقة المياه المخصصة للحكومة ولمحدودى الدخل .. وفشل المشروع !

وفى مرحلة العولمة الداهمة ، تعاظمت حاجة مصر إلى مشروعات الامتياز.. وتم عقد مؤتمر دولى لمشروعات الـ (B.O.T) فى القاهرة سنة ٢٠٠١ وأعلن د. عاطف عبيد رئيس الوزراء فى كلمته للمؤتمرين أن مصر لاتضع أية قيود على حركة رؤوس الأموال ، وتفتح ذراعيها لزيادة المشروعات بنظام الـ (B.O.T) لتعظيم القيمة المضافة للاقتصاد القومى، بشرط واحد: أن يتم تحديد أسعار الخدمات على نحو يتماشى مع مستوى محدودى الدخل!

ويؤكد الباحث فى رسالته أنه إذا ما أحسن اختيار الشركات التى تسند إليها مشروعات الـ (B.O.T) وفق شروط وضمانات واضحة لا لبس فيها، فلاشك فى تعاظم المردود الايجابى على البورصة والميزانية العامة والقطاع المصرفى بصفة خاصة. فضلا عن الاقتصاد القومى بوجه العموم!

شاب .. فى الـ ٧٢ !

وفى نقاط سريعة يجمل الباحث فى رسالته الآثار المالية والاقتصادية لمشروعات الامتياز بنظام الـ (B.O.T) .منها : عدم تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء مالية. تنشيط العمل فى البنوك وشركات التأمين وقطاع سوق المال. التخفيف من حدة البطالة وتعظيم فرص استثمار رأس المال العربى والأجنبى.

لكنه يتوجب إصدار تشريع لنظام الـ (B.O.T) وهو حلم من أحلام الحكومة المصرية لم تحققه حتى الآن..! كذلك لابد من تطوير التشريعات العربية فى مواجهة التغيرات القانونية المصاحبة للعولمة، **والتأكيد بأن دور الدولة فى ظل العولمة لايغيب، بل يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج ومضاعفة الإنتاجية كما وكيفا.**

كذلك من المهم الحفاظ على حقوق المستثمرين، ومايرتبط بالنشاط الاقتصادى من قواعد مساندة لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته.. والتأكيد على أهمية الاستقرار القانونى والأمن التشريعى، باستصدار قوانين تتلاءم واقتصاديات السوق.. فالنشاط الاقتصادى ممتد فى الزمن، وجوهره التعامل مع المستقبل والرهان عليه.. وعقد أمتياز

الـ (B.O.T) ذو أجل ممتد لعدة عقود زمنية.. وحاجته إلى الاستقرار القانونى والأمن التشريعى ماسة فى الحال والمآل.

بعد التداول أعلن رئيس اللجنة نجاح د. إبراهيم الدسوقى عبد اللطيف الشهاوى بتقدير امتياز، وبأن الرسالة وهى البحث الوحيد فى الموضوع لترجع إليه الجامعات وأصحاب الاختصاص فى الدولة.. واضاف رئيس اللجنة فى بيانه بأن الرسالة: «عالجت موضوعاً على درجة بالغة من الأهمية، يعتبر موضوع الساعة » !

وفى كلمات بليغة قالها أ. د. محمد سعيد حسين المشرف للدكتور إبراهيم الشهاوى بعد بنجاحه... « **لقد جسمت لنظام الـ (B.O.T) كيانا.. كان يتيما ، والآن أصبح له أب** » !!

... بالمناسبة : د. إبراهيم شاب فى الـ ٧٢ !

■ جريدة الـــرأى ________

من ستيفنسون وديليسبس إلى مشروع مطار مرسى علم

رسالة جامعية ترصد تطور

مشروعات B .O. T فى مصر

أوصت دراسة جامعية حول «عقد امتياز المرفق العام وفق نظام الـ (B.O.T) بضرورة إنشاء هيئة أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية وإدارية وفنية ومالية من ذوى الخبرة فى مجال دراسة وتقييم المشروعات للنهوض بالمشروعات المراد إنشاؤها بنظام (B. O. T) وطالبت الدراسة التى أعدها المستشار إبراهيم الشهاوى لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق جامعة عين شمس بضرورة توفير تأمين إضافى لدى شركات ومؤسسات التأمين إلى جانب مظلة التأمين ضد المخاطر المكفولة لمشروعات (B. O. T) ووضع إطار تنموى يحدد مجالات الإستثمار وأبعاده الإقتصادية والإجتماعية فى ظل سياسة تعظيم دور القطاع الخاص وتقنين التشريعات التى تكفل جذب المستثمرين وحماية أموالهم فى المشروعات وما يرتبط بالنشاط الإقتصادى من قواعد وأحكام مساندة لحسن إدارة منظماته ومؤسساته والتأكيد على أن دور الدولة فى ظل العولمة لا يغيب بل تزداد الحاجة إليه لتحفيز قوى الإنتاج ومضاعفته

من ستيفنسون وديليسبس إلى مشروع مطار مرسى علم

رسالة جامعية ترصد تطور مشروعات B.O.T فى مصر

وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال.

وأوصت الرسالة بأهمية الإستقرار القانونى والأمن التشريعى فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطورات ومتغيرات العصر وتحولاته يعد مظهرا من مظاهر عدم الإستقرار بما يخلفه من أوضاع شاذة بين قانون مطبق وواقع جديد.

وأكد الباحث ضرورة إحاطة المستثمر بالميزات والعقبات التى تواجه مشروعه من خلال إلمامه بالقوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الإستثمارية ودعم دور جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على توازن حقوق والتزامات المتنفعين بخدمات مرافق الامتياز ومنحها الأدوات والمقومات اللازمة لمواجهة حالات رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة وغيرها.

ويقول الباحث فى مقدمة الرسالة: إن أول من أطلق إصطلاح الـ B.O.T فى نهاية القرن العشرين هو الرئيس الراحل تورجوت أوزال فى تركيا تعبيرا عن النهج الإقتصادى وفق برنامج الإنتخاب الذى نجح على أساسه بالإعتماد على القطاع الخاص، من خلال الأخذ بأسلوب الخصخصة، وإمتياز الـ B. O. T فى مجال إنشاء وإدارة وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة.

وعقد إمتياز الـ B. O. T هو أن تعهد الإدارة إلى الملتزم على نفقته وتحت مسئوليته بمهمة إنشاء وإدارة وإستغلال مرفق عام لمدة معينة، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدماته، على أن تنتقل ملكية المرفق إلى الدولة بكل مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل ، بعد إنتهاء المدة المحددة للإمتياز.

هذا وقد نشأ إمتياز المرفق العام منذ أوائل القرن التاسع عشر وليد فكرة

المرفق العام تحكمه القواعد والمبادىء والأصول العامة المستمدة من أحكام المرافق العامة، ويظل الإمتياز فى تطوره موصولا فى الخضوع لهذه القواعد.

ولقد ظهر واضحا أثر التغيير والتطوير نتيجة الأخذ بمنهج الحرية الإقتصادية حين إختارت مصر نظام إمتياز الـ B. O. T وسيلة لإنشاء وإدارة وإستغلال المرافق العامة، لما تميزت به آليته الجديدة من تنوع فى مجالات نشاطه وتعدد صوره وإتاحة الأساليب والتقنيات المبتكرة فى مجال تمويل مشروعات إمتياز المرافق العامة وتشغيلها وتأهيلها وتحديثها وتجديدها وتصميمها، وقد كان منح الإمتياز فيما مضى قاصرًا فقط فى مجال إدارة مشروعات الإمتياز، وأول إمتياز عرفته مصر هو الإمتياز الممنوح للمهندس الإنجليزى جورج ستيفنسون عام ١٨٥١ لإدارة أول خط حديدى فى أفريقيا يربط بين الإسكندرية والسويس مرورا بالقاهرة، وكان عقد الإمتياز الثانى وأشهرها إمتياز قناة السويس عام ١٨٥٤.

وأول إمتياز مُنح بعد التأميم هو لإنشاء وإدارة وإستغلال وإعادة ثلاث مطارات بكل من: مرسى علم، العلمين وراس سدر وفق قرارات مجلس الوزراء أرقام ١، ٢، ٣، لسنة ١٩٩٨ إستنادا إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الصادر فى شأن المرافق العامة.

وتكمن أهمية إختيار موضوع الرسالة فى أن المكتبة العربية فى حاجة ماسة إلى مؤلف يضم شتات مادة عقد الإمتياز، كما أن نظام الـ B. O. T لم يحظ بالدراسة لحداثة نشأته، لذا تضمن البحث دراسة مفهوم عقد الإمتياز وتطوره بكل من فرنسا ومصر فى باب تمهيدى، ثم بيان أحكام

الإمتياز وتطورها فى مختلف مراحل إبرام العقد وفى آثاره وإنقضائه من خلال ثلاثة أبواب رئيسية.

وتعرضت الرسالة لمفهوم عقد الإمتياز وتطوره لدى كل من فرنسا ومصر فى فصلين أولهما مفهوم هذا العقد والتعريف به فى ضوء رأى الفقه وأحكام القضاء وبيان طبيعته القانونية، وإيضاح أن القواعد المتعلقة بعقد الإمتياز مستمدة من أحكام القضاء فى المقام الأول.

كما تناولت الرسالة تطور مفهوم نظام الإمتياز وتنوع مجالاته وتعدد صوره وتطور أداة منح الإمتياز عبر ثلاث مراحل زمنية، فقد كان الإمتياز يتم فى المرحلة الأولى بمنحة من السلطان وحده ، وفى الثانية بموجب قانون يصدر من البرلمان، وفى المرحلة الثالثة إختص مجلس الوزراء بمنح الإمتياز بنظام الـ B. O. T وتحديد شرطه وأحكامه بناء على نص القانون.

وتعرضت الرسالة للآثار المالية والإقتصادية لمشروعات الإمتياز بنظام الـ B. O. T واهمها عدم تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء مالية.

■ **جريدة الجمهورية** ______

عمره (٧٢) عاما ويحصل على الدكتوراه فى B.O.T

اطلبوا العلم من المهد إلى اللحد مثل شهير حققه ابن قويسنا الباحث إبراهيم عبد اللطيف الشهاوى- ٧٢ عاما - بحصوله على درجة الدكتوراه فى القانون عن عقد امتياز المرفق العام B.O.T من كلية

حديث المدينة

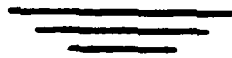
عمره (٧٢) عاما ويحصل على الدكتوراه فى B.O.T

الحقوق جامعة عين شمس بتقدير امتياز .

أكدة لجنــــة المناقشة برئاسة أ . د . محـمـد أنس جعفــر نائب رئيس جامعة القاهـرة وأ . د . ربيع فتـح الباب أستاذ القانون العام وكيل الحقـوق جامعــة عين شمس وأ . د . محمد سعيد حسين أمين أستاذ القانون العام أهمية موضوع الرسـالة عن نظام B.O.T لعدم وجودقانون منظم لهذا النوع من التعاقد حيث استطاع الباحث اجتياز الصعوبات لعدم وجود كتب أو رسائل عن هذا الموضوع وقدم الكثير من المقترحات.

أشاروا إلى أن كبر سن الباحث كان ميزة كبيرة لأن ذلك انعكس أثره بحنكة الشيوخ فى هذه الرسالة القيمة التى تعتبر إضافة للمكتبة العربية.

الباحث إبراهيم عبـد اللطيف الشـهـاوى - وكيل وزارة الاقتـصـاد السابق- أحيل للمعاش عام ١٩٩١ حصل على ليسانس الحقوق عام ١٩٥٧ بتقدير جيد ودبلوم عام القانون ١٩٧٤ ودبلوم العلوم الاقتصادية والمالية عام ١٩٧٧ وبدأ رحلته للحصول على الدكتوراه عام ١٩٩٩ .



رقم الإيداع

٨٣٧٨

٢٠٠٣/٤/١٩

